
3 2044 103 264 248


213
4·1


ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG SIGILLUM
ET
VE RI TAS



THÈSE

POUR LE DOCTORAT

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE LYON

Doyen

M. CAILLEMER, ✻, I. ✪, C. ✠, correspondant de l'Institut, professeur de Droit civil ;

Professeurs

MM. MABIRE, I. ✪, C. ✠, assesseur du Doyen, Droit civil ;
GARRAUD, I. ✪, Droit criminel ;
APPLETON, I. ✪, Droit romain ;
FLURER, I. ✪, Droit civil ;
THALLER, I. ✪, Droit commercial ;
ROUGIER, I. ✪, Économie politique ;
ÉNOU, I. ✪, Droit administratif ;
AUDIBERT, I, ✪, Droit romain ;
COHENDY, I. ✪, Procédure civile ;
LESEUR, I. ✪, Droit international public ;
BERTHÉLEMY, A. ✪, Histoire du Droit ;

Agrégés

MM. PIC, Droit international privé ;
BLONDEL, en congé.

Secrétaire

M. BECQ, I. ✪.

JURY DE LA THÈSE

Président : M. COHENDY.

Suffragants : MM. CAILLEMER, *professeur-doyen.*
AUDIBERT, *professeur.*
PIC, *agrégé.*

FACULTÉ DE DROIT DE LYON

DROIT ROMAIN

DES

RES MANCIPI ET NEC MANCIPI

ET DU DROIT DE PROPRIÉTÉ DANS L'ANCIEN DROIT ROMAIN

DROIT FRANÇAIS

DE LA

CONDITION DES MINEURS

AU POINT DE VUE DE LA NATIONALITÉ EN DROIT INTERNATIONAL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le jeudi 1er décembre 1892, à 2 heures.

PAR

PAUL ETEVENON

RÉDACTEUR A LA PRÉFECTURE DE LA SEINE

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1892

A LA MÉMOIRE

DE MES PARENTS

DROIT ROMAIN

DES RES MANCIPI ET NEC MANCIPI

ET DU DROIT DE PROPRIÉTÉ DANS L'ANCIEN DROIT ROMAIN

INTRODUCTION

DISTINCTION DES RES MANCIPI ET NEC MANCIPI. — INTÉRÊTS QU'ELLE PRÉSENTE.

Les choses se divisent en Droit romain en *res mancipi* et *nec mancipi*. Les textes qui nous sont parvenus énumèrent celles qui font partie de la première catégorie. Ce sont, d'après Ulpien (*Reg.*, XIX, 5) et Gaius (*Comm.*, II, 15) : 1° les immeubles situés en Italie ; 2° les servitudes rurales sur ces immeubles ; 3° les esclaves ; 4° les animaux *quæ collo dorsove domantur*. Toutes les autres choses sont donc, par voie d'élimination, groupées dans la catégorie des *res nec mancipi*. C'est une vieille question que celle de savoir si l'énumération de Gaius et d'Ulpien est limitative. Cujas la discutait déjà, et ajoutait à la liste les choses précieuses, les perles

notamment. Mais cela n'est guère admissible; Ulpien termine son énumération en disant: *Cæteræ res nec mancipi sunt.* Cette disposition formelle écarte toute espèce de doute, et l'on comprend difficilement qu'une controverse ait pu s'élever en présence d'un texte aussi décisif.

Cette distinction est capitale en Droit romain; ce fut longtemps la *summa divisio*. Elle remonte à la plus haute antiquité, et l'on peut dire que l'origine s'en perd dans la nuit des temps: tous les monuments juridiques qui nous sont parvenus en supposent déjà l'existence. A l'époque du développement complet du Droit romain, elle présente de l'importance à plusieurs points de vue. Les *res mancipi* sont entourées de règles protectrices spéciales; elles se trouvent placées par l'ensemble de la législation dans une sorte de sphère juridique supérieure. C'est ainsi qu'un mode d'aliénation, mode de pur droit civil, la mancipation, leur était affecté spécialement. Il y a bien discussion sur le point de savoir si la propriété des *res nec mancipi* pouvait être transférée par ce moyen, mais en tout cas, ce mode solennel était nécessaire pour opérer la translation de propriété des *res mancipi.* Une tradition, mode d'aliénation du droit des gens, n'avait aucune influence à l'origine sur ce déplacement du droit. Plus tard, le préteur intervint et reconnut que les *res mancipi*, simplement livrées, seraient *in bonis accipientis*, soumises à une sorte de propriété toute particulière, protégées par une action toute spéciale, la publicienne. D'autre part, la femme en tutelle ne peut disposer de ses

res mancipi sans l'*auctoritas* de son tuteur, tandis qu'elle peut valablement aliéner seule le reste de son patrimoine. Cette règle en entraîne une autre, nouvel intérêt de la distinction ; les *res mancipi* de cette femme en tutelle ne peuvent être usucapées par des tiers ; tandis que les autres le peuvent. Enfin, pendant la période d'application de la loi Cincia, si une *res mancipi* avait été l'objet d'une donation, la donation restait imparfaite tant que la tradition et la mancipation réunies n'avaient pas eu lieu ; au contraire par la seule tradition, la donation d'une *res nec mancipi* est parfaite. Ce n'est qu'à la fin du Droit romain que la division tomba en désuétude. L'importance qu'elle présentait diminua peu à peu, et finit par disparaître en même temps que la tutelle des femmes et l'usage de la mancipation. A l'époque du Bas-Empire on avait perdu le souvenir de ses origines ; on la regardait, elle qui avait été naturelle et logique au début, comme artificielle et gênante, et Justinien supprima, sans la comprendre d'ailleurs, cette « subtilité des jurisconsultes » (1).

Notre but, dans ce travail, est de rechercher l'origine et le fondement de cette distinction. C'est là un des problèmes les plus intéressants au point de vue historique. Nous aurons, tout d'abord, avant de montrer la solution que nous croyons être la bonne, à mettre de côté un certain nombre d'explications qu'on a voulu donner de cette difficulté. Dans l'exposé de ces systèmes divergents

(1) Loi unique, C., *De usucapione transformanda, et de sublata differentia rerum mancipi et nec mancipi*, VII, 31.

nous n'indiquerons d'ailleurs que ceux qui nous paraissent sérieux et discutables. Ce sera l'objet d'une première partie. Une seconde partie sera consacrée à l'exposé et à la justification de la théorie qui, suivant nous, donne la solution cherchée.

CHAPITRE PREMIER

Section I. — *Difficulté d'indiquer l'origine et le fondement de la distinction. Premier groupe de systèmes : ceux qui la considèrent comme artificielle.*

S'il est facile de se rendre compte de l'intérêt que présentait la distinction au moment où le droit romain atteignait son entier développement, il ne l'est pas autant de rechercher cet intérêt dans les temps primitifs, c'est-à-dire, ce qui est la même chose, de discerner la raison d'être originaire et le fondement de cette classification des biens. Les Romains eux-mêmes, qui d'ailleurs ignoraient leur histoire juridique, nous ont laissé peu ou point de renseignements sur ce problème. Ils ne donnent même pas la définition des *res mancipi*, pas plus qu'ils n'indiquent les caractères qui leur sont communs à toutes. On s'explique, dès lors, en présence de ce silence des textes, l'existence de nombreuses théories destinées à fournir une explication rationnelle en cette matière. Depuis Conradus, Püfendorff et d'autres jusqu'à Giraud et plus récemment Ihering et Edouard Cuq, plus de quarante systèmes ont été présentés sur ce sujet.

Nous essayerons ici de dégager les idées principales qui ont pu les inspirer. Nous dirons ensuite celui qui nous semble devoir être adopté. Nous indiquons, dès à présent, que la distinction qui fait l'objet de cette étude se rattache à l'état de la propriété dans le droit romain primitif, et à la notion du droit de propriété à l'origine.

C'est l'opinion soutenue récemment par M. Cuq, qui n'a pourtant pas développé tous les arguments que l'on peut faire valoir (1). Ce système fait l'histoire du droit de propriété mobilière et immobilière à Rome, et montre que très anciennement ce droit ne s'appliquait proprement qu'à la catégorie des *res mancipi* : les autres n'étaient pas susceptibles de propriété quiritaire. Voilà le fondement de la distinction, qui explique l'intitulé de notre travail.

Les différents systèmes produits peuvent être classés. Un premier groupe comprend tous ceux qui voient dans notre distinction une distinction artificielle. Des auteurs considérables se sont ralliés à cette idée. C'est ainsi que M. Accarias écrit : « Cette classification des choses probablement aussi ancienne que Rome, est sans contredit la plus artificielle de toutes celles que nous rencontrons dans les textes romains. Aussi, est-il impossible ici de donner de véritables définitions (2) ».

Nous ne saurions souscrire à une pareille théorie, si toutefois c'en est une. On ne peut, *à priori*, admettre que la division des choses en *res mancipi* et *nec mancipi* ait été arbitraire, établie de toutes pièces on ne sait par qui, ni pourquoi, ni à quelle époque. D'une façon générale d'ailleurs, rien n'est artificiel ou arbitraire chez les Romains. Chez eux au contraire, tout est logique, tout est raisonné. On aurait pu qualifier ainsi autrefois une autre distinction, choquant nos idées modernes, celle de la propriété quiritaire et de l'*in bonis*, mal connue avant la découverte des Commentaires de Gaius; aujourd'hui on en sait le fondement. De même pour no-

(1) Cuq, *Les Instit. juridiq. des Romains*, 1891, t. I, p. 74, 91.
(2) *Précis de droit romain*, 4 édit., t. I, p. 499.

tre classification. On n'en saisit pas au premier abord la raison d'être ; cela ne veut pas dire que cette raison n'existe pas. Nous ne pouvons voir ici une théorie artificielle ; de là, cette idée générale : nécessité de rechercher le fondement de cette distinction dans un principe rationnel.

Cette idée permet d'écarter tous les systèmes admettant que les deux classes de choses auraient été opposées l'une à l'autre au moyen d'une disposition législative, qu'un texte aurait délimité un jour leur domaine respectif. Outre que cette façon de procéder est contraire à l'esprit du droit romain, on ne trouve dans les sources aucune trace d'une loi de ce genre. Et puis, le fait que la classe des *res mancipi* comprend des choses de nature très diverse permet de supposer que ce n'est pas un acte législatif qui est la cause de ce phénomène juridique ; il est le produit spontané d'un certain état social.

Une conséquence est qu'on doit écarter l'opinion rattachant notre classification aux réformes de Servius Tullius. D'après Püfendorf, suivi de nos jours par MM. Fresquet et Huc (1), les *res mancipi* seraient celles qu'il fallait déclarer au cens, et qui seules étaient déclarées. Pour reconnaître la fortune exacte de chaque citoyen et les ranger dans l'une des cinq classes, Servius aurait décidé de prendre en considération non pas tout le patrimoine, car les particuliers auraient pu faussement se faire passer pour plus riches qu'ils n'étaient, mais seulement les choses dont l'individualité était facile à constater, et dont la valeur était assez stable. A ces considé-

(1) Püfendorf, Obs. *juris univ.*, t. II, p. 215-248 ; Fresquet, *Rev. hist.*, t. XI, p. 599 ; Huc, *Rev. hist.*, t. XLI, p. 135.

rations on ajoute trois textes littéraires, Cicéron, *pro Coecina*, ch. 26 ; Sénèque, *de Beneficiis*, XII, 4 ; Cicéron, *pro Flacco*, C. 32. Les deux premiers, comme on l'a montré, sont étrangers à la question (1). Dans le chapitre 32, *pro Flacco,* au contraire, Cicéron s'occupe bien du cens. Décianus, contre lequel il plaide, a déclaré au cens des terres qu'il s'était appropriées en Lycie. J'accorde, dit Cicéron, qu'elles t'appartiennent. *Illud quœro sintne ista prœdia censui censendo*, *habeant jus civile*, *sint nec sint in mancipio*. L'orateur semble ainsi affirmer la synonymie de *censui censendo* et de *mancipi*, mais dans la suite du passage, il s'occupe également des sommes d'argent déclarées par Décianus. Même isolé de ce qui suit le texte n'est pas concluant. En effet les fonds de terre ou bien sont *res mancipi,* ou bien ne peuvent être l'objet de la part des particuliers d'aucun droit de propriété ; l'expression *sint necne sint mancipi* peut donc se traduire ainsi « qu'ils soient soumis ou non au domaine quiritaire » (2).

Plusieurs passages des anciens semblent d'ailleurs prouver que tous les biens étaient enregistrés au cens : *animalia omnis generis scribebantur* (Tit. Live, 39, 44). Enfin ce système n'explique pas les intérêts de la distinction : pourquoi, par exemple, la femme en tutelle n'aurait-elle pu aliéner seule ses *res mancipi* ? On ne le voit nullement.

Même objection au système de Puchta (3). D'après lui, le mode originel de l'acquisition de la propriété civile est l'attribution des choses par la volonté du peuple

(1) Léon Michel, *Des res mancipi et nec mancipi.* Thèse 1876, p. 22.
(2) Léon Michel, p. 24.
(3) Institutes, § 240.

au moyen d'un acte public. De ce que la propriété individuelle était une concession de l'État, il résulte qu'aucun mode direct de transmission n'était possible entre particuliers. Pour qu'un particulier aliénât son bien, il fallait recourir à la fiction d'un procès, *in jure cessio*, a la longue pourtant on aurait inventé la mancipation. Le droit de propriété de l'État émane de la conquête ; c'est en dépouillant les ennemis qu'il a constitué son domaine ; or la mancipation joue le rôle de prise de possession à main armée ; elle ne s'appliquera donc qu'aux choses prises sur l'ennemi. Puchta s'appuie sur l'étymologie donnée par Varron : *mancipium quod manu capitur*. Mais en quoi la mancipation est-elle « l'image de la guerre » ? A l'origine, c'est une vente, ce qui écarte toute idée d'appréhension violente. Et puis, les Romains n'auraient donc pris que certaines choses à l'ennemi ? Et que deviennent les énumérations de Gaius et d'Ulpien ? Les servitudes rurales, les maisons bâties à Rome n'ont certainement pas été prises à la guerre. Quant à l'étymologie du mot *mancipium quod manu capitur*, la même que celle du mot *mancipium*, elle est aussi dans Gaius (I, 121) et dans Ulpien (XIX, 6) et on verra plus loin qu'elle n'implique aucune idée nécessaire de guerre avec l'ennemi : elle implique simplement une idée de violence. Enfin, ce système a le tort de représenter la classification comme créée de parti pris, par un acte public. Cette raison, qui servirait à elle seule pour le réfuter, écarte également l'opinion de Walter. C'est encore Servius Tullius, dont il est facile de faire un grand réformateur, et auquel on fait dire beaucoup de choses, qui aurait établi deux modes de transfert de la propriété : pour certains biens, un mode dépourvu de toutes for-

mes, la tradition, pour d'autres un mode solennel, la mancipation. Walter se borne à dire comme argument que cette réforme est en harmonie avec l'esprit des institutions de Servius. Cela suffit à juger la théorie (1).

Nous rattacherons au même groupe une doctrine très soutenue d'après laquelle notre distinction n'aurait pas existé à l'origine. Toutes choses étaient susceptibles de propriété quiritaire, mais devaient être aliénées par les modes d'acquisition du droit civil. La tradition n'en transférait qu'une simple possession. Plus tard, quand des relations fréquentes s'établirent entre Romains et étrangers, on sentit le besoin d'un mode d'aliénation plus commode. La tradition fut dès lors réservée aux rapports du droit des gens, étendue même aux citoyens romains pour certaines choses, et la mancipation fut maintenue pour la plus importante (2). Mais cette théorie se heurte à une série de difficultés; elle suppose que les modes d'aliénation du droit civil ont précédé de beaucoup à Rome la tradition, ce qui peut être discuté: elle suppose aussi que les *res nec mancipi* pouvaient être aliénées par la mancipation, au moins à l'origine, ce qui est loin d'être démontré; elle nie l'existence de la distinction des choses *mancipi* et *nec mancipi* dans les temps reculés, existence qui nous semble au contraire certaine; elle en fait enfin une réforme consciente et réfléchie, ce qui ne peut être admis, d'autant plus que les partisans de ce système ne sont pas d'accord sur l'époque où aurait eu lieu cette prétendue réforme (3).

(1) Walter, *Geschichte*, t. II, p. 564.
(2) Blondeau, *Chrestomathie*, p. 207; Voigt, *Die XII Tafeln*.
(3) Voir pour la réfutation complète, thèse Léon Michel, p. 299.

Section II. — *Deuxième groupe de systèmes : ceux qui cherchent le fondement de la distinction dans une idée rationnelle. Indication du système que nous adoptons.*

Nous arrivons à une autre série d'opinions cherchant le fondement de la classification dans un principe rationnel s'appliquant de lui-même, et sans le concours d'un législateur.

Maynz trouve ce principe dans l'idée que les *res mancipi* étaient les plus précieuses. Il invoque Gaius, *Comm.*, I, 192. Une chose serait précieuse quand elle offrirait une individualité prononcée de façon à pouvoir être reconnue et revendiquée partout où elle se trouve. Ce critérium très vague d'abord est certainement inexact, sinon, en effet, la liste des *res mancipi* s'allongerait singulièrement, tandis qu'au contraire les servitudes rurales ne devraient pas alors y être comprises (1).

D'autres auteurs, Vangerow, Demangeat, voient dans les *res mancipi* celles qui servent à l'agriculture (2). Mais comment expliquer alors que les troupeaux, les charrues et tous les instruments aratoires, les semences qui servaient également à l'agriculture n'y soient pas compris ? Et à l'inverse pourquoi y faire rentrer les maisons bâties à Rome, servant d'habitations à la famille, et même les esclaves? Originairement ils étaient presque tous employés à des travaux autres que l'agriculture (3).

D'autres enfin cherchent dans l'état social des Ro-

(1) Maynz, *Cours de droit romain*, t. I, p. 684.

(2) Vangerow, *Ueber die Latini juniani*, p. 79 ; — Demangeat, *Cours de droit romain*, t. I, p. 446.

(3) Denys d'Halicarnasse, III, 2.

mains et l'organisation primitive de la propriété le fondement de la distinction. Il y a corrélation entre la notion originaire du droit de propriété et la division des *res mancipi et nec.* Voilà l'idée générale qui a guidé très anciennement Conradus, et d'après laquelle les *res mancipi* seules étaient à l'origine susceptibles de propriété quiritaire. Ce système avait été en général abandonné ; il a été repris en 1838 par M. Giraud, puis développé dans ces dernières années par Ihering, M. Léon Michel et M. Edouard Cuq (1). Tous ces auteurs ne sont pas d'accord sur la manière de développer la théorie, mais ils partent d'une même idée, et c'est à ce titre qu'il convient de les rapprocher.

M. Giraud commence par établir que le mot *mancipium* signifie droit de propriété civile. Ce fut pendant plusieurs siècles l'expression consacrée pour désigner l'idée rendue plus tard par le mot *dominium. Res mancipi* n'est que la contraction de *mancipii*; on trouve indifféremment l'un et l'autre dans les écrivains latins ; *res mancipi* veut donc dire choses de propriété, choses susceptibles de propriété civile ou quiritaire. Il ajoute qu'incontestablement beaucoup d'objets tant meubles qu'immeubles ne l'étaient pas. Les *possessiones,* les *fundi provinciales,* les choses incorporelles, sauf les servitudes rurales sur les fonds italiques y échappaient. Cela explique la réunion dans une même classe des choses les plus différentes par leur nature et leur situation juridique, et M. Giraud dit en terminant : « Cette distinction se rapporte donc à l'époque où le mot *mancipium* équivalait à *dominium legiti-*

(1) Giraud, *Recherches sur le droit de propriété chez les Romains,* Aix, 1839, p. 219. — Ihering, *Esprit du droit romain,* trad. Meulenaere, 3ᵉ édit., 1888, t. IV, p. 203. — *Actio injuriarum,* traduct. Meulenaere, p. 46. — Léon Michel, p. 35. — Edouard Cuq, p. 91 et 502.

mum, et où la mancipation en était le mode usuel de transmission. Il n'est aucun objet qui nous soit connu pour avoir été anciennement susceptible de mancipation qui ne soit *mancipi*. D'ailleurs le mot lui-même est ici le meilleur indice de la chose, et *res mancipi* étant *res mancipii* n'est à nos yeux que chose de propriété romaine. Plus tard, et après l'admission d'un domaine naturel et la multiplication des moyens de transmission, *res mancipi* put équivaloir à chose de mancipation. Mais le caractère originaire de cette classe de biens a dû être tiré plutôt de la nature des biens eux-mêmes et des effets de leur appropriation que de la forme d'après laquelle ils étaient arrivés au détenteur. Ainsi s'évanouit l'objection très légère qu'on pouvait tirer des deux textes de Gaius (II, 196) et d'Ulpien (XXIV, 7) admettant qu'une chose *res mancipi* telle que du blé, du vin, peut appartenir à quelqu'un *ex jure quiritium* ; ils écrivaient à une époque où la distinction des choses et des domaines avait changé de caractère (1) ».

M. Léon Michel, à son tour, est venu compléter la théorie de M. Giraud. Il a cherché à se rendre compte des motifs économiques de la distinction. Il rappelle qu'au début la propriété collective a dû exister à Rome, comme ailleurs, et que ce régime a dû se prolonger assez longtemps. D'après lui, les *res mancipi* ont été les premières arrachées à la collectivité. Leur possession privative intéressant au plus haut point le développement de la famille et sa perpétuité, elles ont été les premiers objets de propriété privée.

« Les autres choses restèrent collectives, mais comme la jouissance en suppose un exercice privatif, elles étaient

(1) Giraud, *op. cit.*, p. 224, texte et note 4.

soumises à une possession, état de fait, plutôt que de droit. Cette distinction put se maintenir chez quelques peuples, plus généralement le fait de la possession finit par se convertir en un droit de propriété, dont la notion était déjà depuis un certain temps révélée (1) ; M. Léon Michel indique ensuite la raison d'être de l'évolution qu'il signale, il cherche à expliquer pourquoi les *res mancipi* seules sont sorties de la communauté, et pourquoi parmi tant d'autres objets utiles à l'homme, seules elles ont été jugées susceptibles d'une appropriation privée. C'est qu'elles ont un caractère familial sur lequel il insiste : ce sont celles qui par leur usage et par leur fin se rattachent intimement à la perpétuité de la famille. Ce qu'il dit des *res nec mancipi* est moins exact ; elles n'ont pas d'origine dans la copropriété, on verra plus loin ce qui paraît le plus juste à cet égard.

Ihéring a simplement complété ce système en y ajoutant un élément nouveau : celui de la distinction des patrimoines à l'origine en *familia* et *pecunia*. Le mot *familia* désigne non seulement les personnes qui composent la famille, mais aussi les choses qui forment son patrimoine, parce qu'elles sont indispensables à son existence matérielle ; c'étaient les *res mancipi*. Quant aux choses qui n'étaient pas nécessaires aux besoins de la famille, on leur donnait le nom de *pecunia* ; elles formaient le superflu ; c'étaient les *res nec mancipi* (2).

Ihéring n'a fait qu'annoncer cette théorie, il en a parlé de nombreuses fois, mais il est mort avant de l'avoir faite définitivement. Il néglige d'ailleurs complètement

(1) Léon Michel, opinion citée, p. 44.

(2) Ed. Cuq, *op. cit.*, p. 96 : *Familiæ appellatio.... varie accepta est nam et in personas et in res deducitur* (loi 195, I, Dig., L. 16).

de mentionner le nom de Giraud. En réalité, c'est à M. Giraud qu'on doit l'idée qui sert de base à cette théorie. Sans doute il n'a pas déduit de son principe toutes les conséquences qu'il comporte, mais il a eu, en tous cas, le grand mérite de rechercher l'origine de cette classification dans l'organisation sociale des Romains.

M. Edouard Cuq a coordonné tous les éléments qui précèdent, et présenté le système qu'Ihéring n'a pas eu le temps de mûrir. Il est simple à indiquer : il part de cette idée que les expressions *res mancipi* et *nec mancipi* sont respectivement synonymes de ces deux autres : *familia* et *pecunia*. Les *res mancipi* constituent la *familia*, partie du patrimoine indispensable aux besoins de la famille, *propriété collective* à l'origine, seule susceptible *de propriété ex jure quiritium*. Les *res nec mancipi*, la *pecunia*, présentent les caractères inverses : c'est le superflu, non soumis à la propriété quiritaire.

La justification de cette thèse fera l'objet de la deuxième partie de ce travail.

CHAPITRE II

Section I. — ***Démonstration de notre système par l'histoire de l'évolution de la propriété. Résumé de cette évolution en général : les trois phases qu'elle comprend.***

On définit ordinairement la propriété en droit romain le *jus utendi fruendi*, *abutendi re suâ*, *quatenus juris ratio patitur* et on lui reconnaît deux caractères ; elle est exclusive et absolue, ce qui veut dire qu'elle est essentiellement individuelle et que le titulaire seul a des droits sur la chose qui en fait l'objet. Il serait faux de dire que la propriété eut dès l'origine les caractères qui la distinguèrent plus tard. Et cependant on l'a prétendu. Par un singulier privilège, dont l'histoire n'offre pas d'autre exemple, les Romains se seraient du premier coup élevés à l'idée de la propriété individuelle non seulement pour les objets mobiliers, mais aussi, ce qui est bien autrement grave, pour la terre. La propriété foncière n'aurait pas revêtu chez eux ces formes multiples que l'on remarque chez d'autres peuples. Sans avoir eu à traverser la phase de la communauté agraire, et de la propriété familiale, ils auraient, de tout temps, conçu la propriété comme un droit exclusif, absolu, perpétuel. L'étude des textes ne semble pas confirmer cette assertion (1). Ce droit a subi chez eux l'évolution qu'il a subie partout ailleurs, et il s'est transformé avec la civilisation même.

(1) Cuq, *op. cit.*, I, p. 75.

Il importe de tenir d'abord pour certaine cette évolution chez tous les autres peuples. La preuve en est faite maintenant, et il serait superflu de la refaire ici (1). On a fait voir que la propriété s'est développée et transformée en même temps que la famille. On peut constater trois phases dans ce développement et cette transformation. A l'origine des temps historiques, on voit la famille très étendue, former un tout sous l'autorité d'un chef de famille réunissant en ses mains tous les pouvoirs ; ainsi à Rome même, le *paterfamilias* est chef de la maison, prêtre, propriétaire, juge (il a le droit de vie et de mort). A cette époque reculée les tribus sont nomades, les terres ne sont pas appropriées, ou si elles le sont c'est au profit de la tribu tout entière. Celle-ci est du reste propriétaire collective des troupeaux, des objets d'alimentation et des autres choses mobilières. Si la tribu cesse d'être nomade, et s'établit, elle forme alors un village, un bourg, une petite ville, un petit État dont le nom varie, mais qui présente toujours le même caractère de propriétaire collectif. On constate une situation de ce genre chez les Germains, César et Tacite nous ont laissé des témoignages à cet égard. *Privati ac separati apud eos nihil est* (2). A certaines époques les terres étaient attribuées temporairement à telle ou telle famille, elles faisaient ainsi l'objet de partages périodiques (3). De même, en Grèce, Diodore de Sicile raconte que chez les Rhodiens les terres étaient communes au début. Plus tard, on fit des partages pour une période de vingt ans, à l'expiration

(1) Laveleye, *De la propriété et de ses formes primitives*, 4e édit. 1891.
(2) *De bello Gallico*, IV, I ; Voir aussi IV, 22.
(3) Germanie, 16 et 26.

de laquelle les terres étaient de nouveau tirées au sort (1). Chez les Thuriens, il fallait, à une époque relativement récente, pour la perfection de la vente l'assistance de trois proches voisins auxquels les parties remettaient une petite pièce de monnaie, souvenir du temps où ces voisins étaient membres d'une même communauté ; leur consentement était nécessaire, et le vendeur l'achetait au moyen de petites pièces de monnaie (2). Un phénomène analogue se retrouve dans l'Inde : au moins dans l'opinion la plus généralement admise, la terre appartient au village ; le ryot, le cultivateur n'a que la jouissance d'un lot qu'on peut lui retirer. De même nous retrouvons des exemples remarquables de communautés de village dans l'organisation du Mir russe.

Le mir est la commune composée de membres qui sont censés descendre d'un auteur commun ; elle est propriétaire des terres arables qui sont réparties entre les habitants par partages périodiques.

Des communautés de famille existent aussi chez les slaves méridionaux (Serbie, Montenegro, Herzégovine) ; elles comprennent 10, 15, 70 personnes même. Tout ce qui fait l'objet du travail agricole, champs, jardins, instruments, etc. est la propriété collective de la famille. A côté de ces biens indivis, les personnes peuvent avoir des biens particuliers provenant par exemple de leur travail industriel. Et il semble qu'il soit dans la loi des peuples même civilisés de passer par cet état primitif quand ils se fixent sur un nouveau territoire. C'est ainsi

(1) Diodore, V, 9.

(2) Caillemer, Le contrat de vente à Athènes, *Revue de législation*, 1870, p. 658.

que les premiers colons anglais qui sont allés s'établir au XVII[e] siècle dans la Virginie et dans la nouvelle Angleterre ont débuté par la communauté. Et il convient de remarquer à l'adresse des communistes modernes qu'ils se sont empressés de lui substituer le régime de la propriété individuelle.

Ces exemples, qu'on pourrait multiplier, suffisent à établir cette proposition que la propriété a commencé d'une façon générale par être collective. Elle l'a été dans une première phase au profit du clan ou de la tribu, comme en Germanie, au temps de Tacite, puis dans une deuxième phase au profit de la famille, comme chez les slaves méridionaux actuellement. Enfin est apparue la propriété individuelle. Tel est le troisième état du droit de propriété.

Section II. — *La propriété a subi à Rome la même évolution que partout ailleurs ; Première phase : propriété collective de l'État ; 2[e] phase, co-propriété de famille et ses trois caractères ; 3[e] phase, propriété individuelle.*

La propriété s'est-elle développée autrement à Rome que chez les autres peuples ? Les auteurs littéraires nous ont transmis le souvenir d'une période première où les terres n'avaient pas encore été partagées. Tibulle rappelle ces temps heureux (1).

Non domus ulla fores habuit, non fixus in agris.
Qui regeret certis finibus arva, lapis.

De même Virgile, dans ses Géorgiques (2) :

Ne signare quidem aut partiri limite campum
Fas erat.

(1) Liv. I, *Eleg.* III, V. 35.
(2) *Géorgiques*, liv. I, V. 126.

Ces traditions dont les chants des poètes portent la trace ne sont pas à négliger. Mais d'autres arguments plus positifs viennent les confirmer et démontrer l'existence d'une phase primitive où la cité, c'est-à-dire l'État aurait été propriétaire collectif, comme chez les autres peuples. On connaît l'*ager publicus* : c'est l'ensemble des terres conquises sur l'ennemi ; une partie était partagée entre les citoyens ou les colons ; une autre était retenue par l'État qui en concédait la jouissance moyennant une redevance, vectigal.

L'existence de cet *ager publicus* à l'époque historique est évidemment le souvenir de cette propriété publique ou collective dont nous venons de parler. Et cela est tout à fait corroboré par les témoignages des écrivains anciens qui parlent d'un partage de terres entre les particuliers, ou tout au moins entre les chefs des *gentes* ou des familles. C'est à l'époque des premiers rois de Rome que s'effectua ce partage. Festus, Varron et Pline le reportent à Romulus ; Plutarque, Denys d'Halicarnasse et Cicéron à Numa. Il y a des difficultés sur la façon de concilier ces divergences, et de déterminer d'une façon exacte la portée des actes de Romulus et de Numa ; peut-être y eut-il deux partages successifs portant, le premier sur les terres situées dans l'intérieur de Rome, le second, sur les champs en dehors du *pomerium* (1). Ce qui est à retenir de ce fait c'est qu'il y eut un partage de terres réalisé probablement par tirage au sort et qu'on attribua à chaque chef, *bina jugera*, deux arpents. Certains auteurs pensent même que la propriété à Rome émanait d'une concession de l'État (2). On peut en effet qualifier

(1) Cuq, p. 80-82,
(2) Mommsen, *Hist. rom.*, I, p. 206.

les partages de Romulus et de Numa de concessions de la part de l'État ou de la cité. Ces faits nous paraissent être la preuve que la propriété à Rome a passé par la première phase qui se retrouve partout ailleurs.

Il nous paraît non moins certain qu'elle a passé par la seconde. Après les opérations de Romulus et de Numa, les terres ou tout au moins certaines terres détachées de l'*ager publicus* appartiennent aux *gentes*. On a signalé la corrélation entre la gens romaine et la communauté de village. Ces groupes familiaux étaient très étendus; plusieurs comprenaient des milliers de personnes. D'autre part M. Edouard Cuq a montré que les terres n'étaient pas dans le principe la propriété individuelle des membres de la *gens*. On peut ajouter à ce qu'il dit un argument. Il cite lui-même la venue à Rome d'Atta Clausus avec ses *gentiles* ; on concéda des terres aux nouveaux venus, mais il résulte d'un passage de Tite-Live (II, 16) que le Sénat ne les attribua pas à chaque *gentilis*, ni même aux différents groupes que la gens Claudia pouvait comprendre : il désigna des terres à la *gens* entière. On peut signaler enfin une trace de copropriété familiale en ce qui concerne les tombeaux ; ils restèrent longtemps *sepulchra gentilicia*, et les membres d'une même gens s'y faisaient enterrer (1).

Cette copropriété de famille comprenait d'abord la maison située dans l'intérieur de Rome, et la petite bande de terre qui l'entourait, c'est l'*heredium*, puis les champs se trouvant en dehors de l'enceinte. Il fallait ajouter les accessoires de ces deux sortes de propriété foncière, c'est-à-dire les esclaves servant à la fois à l'agriculture et aux travaux de la ville, les animaux *quæ collo dorsove*

(1) Cicéron, *de leg.*, II, 22, 55.

domantur, et les servitudes rurales. On voit que ce n'est pas autre chose que les *res mancipi*. C'étaient les objets que l'on comprend actuellement sous le nom de *familia*, et c'est là que se trouve l'origine de cette première catégorie de biens. Cette origine explique la composition de la *familia* dans laquelle rentraient seules les choses indispensables aux besoins de la famille. Cette idée explique pourquoi, plus tard, elle ne comprit ni les éléphants, ni les chameaux, ni les statues, ni les bijoux, ni bien d'autres objets précieux. C'est que, outre que la distinction des *res mancipi* avait fini par devenir gênante, tous ces nouveaux objets constituaient du superflu : ils n'étaient pas indispensables, à l'origine, aux besoins de la famille.

Puis, l'importance de la *gens* diminua; elle disparut peu à peu, et à une époque historique plus récente, nous constatons l'existence de la famille agnatique. C'est alors le *paterfamilias* qui est propriétaire individuel, ou plutôt par une dernière trace de l'ancien état de choses, il est encore copropriétaire avec ceux qui se trouvent sous sa puissance. Vers la fin du V[e] siècle de Rome, on voit se développer la 3[e] phase de l'évolution de la propriété, ou plutôt une sorte de transition entre la 2[e] et la 3[e], qui sera la propriété individuelle. Il faut même dire que ces deux dernières phases se confondent un peu ; elles ont coexisté pendant un certain temps, car en réalité la proprieté individuelle a existé à Rome en même temps que la propriété collective. Par régime de la propriété individuelle, en droit romain, il faut entendre, à raison de l'organisation de la famille, un régime dans lequel ce n'est pas chaque individu qui est propriétaire, mais chaque *paterfamilias*, ou plutôt celui-ci est co-

propriétaire avec sa femme, *in manu* et ses enfants, *in potestate*, état qui a subsisté jusqu'à la fin du droit romain, sauf la disparition progressive de la *manus*. La théorie des pécules a été un nouveau pas dans le sens de la fortune de plus en plus individualisée et cherchant à se dégager de la propriété collective. Mais les traces de celle-ci sont nombreuses. L'une est dans l'organisation même de la famille. On sait que les personnes *alieni juris*, fils, filles de famille et femmes *in manu* qui ont une personnalité ne peuvent rien avoir en propre et sont soumises à la puissance du *paterfamilias* tant qu'il vit. Cette durée exorbitante de son pouvoir ne peut se comprendre que par l'idée de la copropriété. Chaque membre acquiert à proprement parler non pour lui, mais pour la famille. Aussi dans Plaute un fils peut dire à son père : *quod tuum est meum est* ; *omne meum est autem tuum*. Et à l'époque classique même, le terrain où se trouve le tombeau de la famille, échappe à l'action en partage (loi 30, Dig. X, 2). La théorie des héritiers siens ne s'explique pas autrement. *Sed sui quidem heredes*, dit Gaius, *ideo appellantur, quia domestici heredes sunt, et vivo quoque parente quodammodo domini existimuntur* (1). Aussi a-t-on pu dire que le droit des agnats et des gentils, au décès d'un *paterfamilias* est bien moins un droit de succession qu'un droit de retour. Ils reprennent des biens que la famille à laquelle ils appartiennent avait reçus autrefois dans le partage primitif. Les textes autorisent cette assertion (2). Cette copropriété de famille est donc bien certaine.

(1) Gaius, II, 157 et loi 11, Dig. 28, 2.

(2) Cuq, p. 290, qui cite les auteurs latins et notamment ce passage caractéristique de Térence : *Ejus morte ea ad me lege redierunt bona.*

Il est d'ailleurs facile de s'en rendre compte en faisant une analyse exacte de la copropriété de famille.

Elle présente trois caractères : elle est héréditaire ; elle est inaliénable ; les femmes ne la recueillent pas au décès du maître de la maison. Ces trois caractères se retrouvent pour les biens dont nous parlons. Il est d'abord certain qu'ils sont héréditaires : nous avons montré comment les héritiers siens les recueillent ; Gaius nous dit qu'ils prennent simplement l'administration de choses qui leur appartenaient déjà. Le *paterfamilias* pouvait-il les en dépouiller par testament ? Un système admet la liberté absolue de tester dès l'origine de Rome ; l'autre distingue précisément les biens patrimoniaux, la *familia*, affectés spécialement aux besoins de la famille et dont le père ne peut priver ses enfants ou autres héritiers, et la *pecunia*, c'est-à-dire la fortune individuelle dont il dispose comme il l'entend (1). Cette deuxième opinion cadre très bien avec l'ensemble de notre théorie et nous paraît tout à fait exacte. La liberté absolue de tester est incompatible avec la propriété collective ; un seul individu, fût-il même le chef de la famille, ne peut disposer par testament c'est-à-dire à titre gratuit, de biens dont il n'est que copropriétaire et qui sont indispensables aux besoins de la famille (2).

C'est pourquoi dans les sociétés primitives on constate, en même temps que l'existence de la propriété collective, la prohibition de cette liberté absolue de tester, quelquefois la prohibition du testament lui-même. La loi des Hindous n'admettait pas d'autre succession que celle des héritiers du sang : le chef de famille ne pouvait

(1) Cuq, page 537, *Nouvelle revue historique*, 1886.
(2) Audibert, *La folie et la prodigalité*, t. 1, p. 119.

pas disposer du patrimoine commun. Dans les villes de la Grèce le testament fut longtemps inconnu. A Athènes il ne fit son apparition qu'à l'époque de Solon et encore celui-ci n'en permit-il l'usage qu'à la condition de ne pas laisser d'enfants. De même la faculté de tester ne fut admise que fort tard à Sparte, à Corinthe et à Thèbes. Le passage suivant du traité des Lois montre assez quelles idées inspiraient le législateur ancien. « Toi qui ne peux te promettre plus d'un jour, dit Platon à un mourant, toi qui ne fais que passer ici bas, est-ce bien à toi de décider de telles affaires ? Tu n'es le maître ni de tes biens, ni de toi-même ; toi et tes biens, tout cela appartient à ta famille, c'est-à-dire à tes ancêtres et à ta postérité ». Platon fait expressément allusion à cette idée de copropriété de famille. On dit généralement qu'il n'en fut pas de même chez les Romains : ils constitueraient ainsi une exception au milieu de l'histoire de l'humanité : c'est peu vraisemblable, ainsi que nous l'avons déjà démontré. Ce serait d'ailleurs contradictoire, car la copropriété de famille ne comporte pas la liberté absolue de disposition par un seul de ses membres. Enfin, c'est contraire au langage de la loi des XII Tables. On fait généralement remonter à cette loi la liberté de tester, or ce n'est pas là ce qu'elle dit. Elle indique précisément que le père de famille pouvait disposer librement de la *pecunia*, c'est-à-dire des *res nec mancipi* seulement. *Uti legassit super* PECUNIA *tutelave suæ rei, ita jus esto* (Tab. V, fr. 1). C'est là un argument décisif ; on peut dire que c'est le témoignage de la consécration législative de la distinction. Il est d'autant plus significatif que, dans un fragment que l'on rapproche, dans les éditions de la vieille loi, du fragment que nous venons de

citer on trouve la mention de la *familia* : *Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto ;... gentiles familiam habento.* Ce ne sont pas là des termes employés au hasard. La règle des XII Tables portant que le père de famille pouvait disposer librement de la *pecunia* n'avait dans le langage d'alors pour objet que les *res nec mancipi.* Ce n'est point accidentellement que la loi emploie, à l'occasion de la succession *ab intestat* le mot *familia*, tandis qu'ici en matière de testament elle se sert du mot *pecunia.* Les auteurs de cette loi savaient fort bien pourquoi ils employaient tantôt l'une, tantôt l'autre de ces expressions (1).

On voit ainsi que les *res mancipi* à l'origine étaient soustraites à la liberté du testament. Elles étaient vraiment héréditaires comme patrimoine familial.

Leur caractère d'inaliénabilité est tout aussi intéressant à étudier. On sait que, même à une époque historique, la terre où se trouvent les tombeaux de la famille présente ce caractère. Ensuite le mot *mancipatio* désigne un mode d'aliéner et d'acquérir qui ne s'applique rigoureusement qu'à des choses qu'on peut prendre sous la main, l'étymologie du mot en est la preuve : *manu capere.* L'élément important de l'opération c'est l'appréhension physique et matérielle de la chose ; ce qui peut être mancipé, c'est *quod manu capi potest* (2), ce qui peut être saisi avec la main. Aussi les objets devaient-ils rigoureusement être présents et on ne pouvait en manci-

(1) Ihering, *Actio injuriarum*, p. 47, à la note.

(2) Gaius, I, 121 : ... *qui mancipio accipit adprehendere id ipsum quod ei mancipio datur, necesse sit ; unde etiam mancipatio dicitur, quia manu res capitur.* — Ulpien, XIX, 6 : *Res mobiles non nisi præsentes mancipari possunt, et non plures quam quot manu capi possunt.*

per à la fois plus qu'on ne pouvait en prendre avec la main. Il résulte bien d'ailleurs d'un important passage de Gaius que l'application de la mancipation aux fonds de terre et aux maisons n'est que le résultat d'une extension; vraisemblablement à l'origine il n'existait pas de mode entre-vifs de les aliéner. Pour les animaux et les esclaves, dit-il, il est indispensable qu'ils soient présents, *in præsentia sint*, mais pour les *prædia* il est d'usage de se passer de cette condition. Cette différence ne pourrait s'expliquer si la mancipation s'était introduite simultanément pour ces deux catégories de choses, meubles et immeubles. On a remarqué, au surplus, que même quand ceux-ci devinrent aliénables les mœurs répugnèrent longtemps à leur aliénation. Jusqu'à la fin de la République on considéra comme un déshonneur de vendre l'*heredium*, c'est-à-dire la maison des ancêtres. En 684 de Rome les censeurs exclurent du Sénat Antoine qui avait dû vendre ses biens pour satisfaire ses créanciers.

Quant aux choses mobilières *mancipi*, bien qu'indispensables aux besoins de la famille, elles étaient néanmoins aliénables à titre onéreux, d'après ces besoins eux-mêmes. Il pouvait être utile de les échanger contre d'autres, de changer des esclaves contre des chevaux ou des bœufs, et il aurait été préjudiciable aux intérêts bien entendus des particuliers de les frapper d'indisponibilité.

Mais on peut conjecturer qu'aucune *res mancipi* n'était aliénable par donation. La donation n'est pas un acte avantageux et pas plus que la liberté absolue de tester elle n'est compatible avec la propriété collective. Cette conjecture est fortement corroborée par le fait que la donation n'existait pas à Rome comme acte distinct,

et que la théorie des actes à titre gratuit entre-vifs ne se forma que très tard.

En résumé, en se plaçant dans le très ancien Droit romain, on peut reconnaître aux *res mancipi* le caractère d'inaliénabilité tempérée par les nécessités mêmes de la vie courante. Les *res nec mancipi* au contraire n'ont jamais présenté cette particularité. Elles constituent le superflu, et on peut les faire circuler librement, sans forme solennelle, au moyen d'une simple tradition. Le *paterfamilias* pouvait en disposer comme il voulait.

Les femmes enfin ne recueillaient pas à proprement parler, les *res mancipi*. Sans doute aucun texte ancien ne dit que les femmes aient été exclues de l'hérédité domestique ou de la succession *ab intestat*. Mais quelle était leur condition juridique? Tant qu'elles sont filles de famille ou *in manu*, elles n'ont pas de patrimoine propre, comme toutes les personnes *alieni juris*. Elles ne peuvent donc recueillir pour elles-mêmes aucune succession. Si le *paterfamilias* vient à mourir, ou bien elles tombent sous la *potestas* d'un autre *paterfamilias*, et alors leur situation ne change pas, ou bien elles deviennent *sui juris* et se trouvent en tutelle perpétuelle de leurs agnats. Peu importe qu'elles recueillent les *res mancipi* dans la succession ; elles ne pourront pas en disposer sans le consentement de leur tuteur, elles ne pourront également se marier ni les faire entrer dans un autre patrimoine sans ce consentement ; elles ne pourront non plus en faire l'objet d'un testament, le testament se faisant alors dans les comices, et les femmes n'y étant pas admises. On doit donc dire qu'en réalité elles ne succèdent pas aux *res mancipi* comme les hommes. Ceci est encore fortifié si l'on adopte la théorie de M. Gérardin

sur la tutelle. D'après lui, le tuteur n'aurait pas seulement été administrateur des biens de l'incapable qu'il protégeait ; il en aurait été propriétaire, en sorte que quand la femme aurait été héritière, en réalité c'eût été un héritier mâle, son tuteur, qui aurait recueilli les *res mancipi* (1).

Mais la femme *sui juris* pouvait seule disposer de sa fortune individuelle, c'est-à-dire de ses *res nec mancipi*, de sa *pecunia*. Aucune entrave n'était à cet égard apportée à ses pouvoirs, et cela se comprend : il ne s'agissait plus de biens indispensables aux besoins de la famille, mais du superflu dont la femme avait la disposition.

Le caractère familial des *res mancipi* est ainsi bien établi, aux trois points de vue, ce qui constitue une triple différence avec les *res nec mancipi*, et explique l'origine historique de la distinction.

Mais à côté de cette propriété de famille, il en est une autre dont l'origine nous amène à la classe des *res nec mancipi*. Il pouvait y avoir dans le patrimoine des biens ne provenant pas d'un partage préalable, mais acquis par l'activité individuelle. Ils constituaient la fortune individuelle, ce qui veut dire fortune acquise individuellement par suite de l'industrie particulière, les récoltes, plus tard la monnaie, etc., en un mot toute la catégorie des *res nec mancipi*. Les textes désignent cet élément du patrimoine sous le nom de *pecunia* par opposition à *familia* ; la monnaie est précisément la *pecunia numerata*. Cette catégorie de biens d'abord restreinte se développa peu à peu. Elle ne constituait à l'origine que le superflu dans le patrimoine, tandis que les choses *mancipi*

(1) Gérardin, La tutelle et la curatelle dans l'ancien Droit romain, *Nouv. revue historique*, année 1889, p. 209.

étaient les choses nécessaires aux besoins de la famille.

Voilà le critérium du système dont nous indiquerons des applications.

A cette place constatons seulement qu'il explique bien une controverse signalée par Gaius (II, 15).

Les jurisconsultes romains discutèrent la question de savoir si les bœufs, mulets, chevaux et ânes étaient *mancipi* dès leur naissance ou seulement dès l'époque où ils étaient aptes à fournir à l'homme une utilité véritable, *si domita sunt*. Cette controverse se comprend : tant que l'animal était très jeune il n'était d'aucun profit pour la famille, et on peut conjecturer que primitivement il commençait par être *nec mancipi*. Cette interprétation du texte de Gaius s'accorde avec l'ensemble de notre théorie.

Plus tard cette distinction de ce qui était le nécessaire et le superflu disparut. L'introduction de la monnaie dans les rapports sociaux contribua fortement à l'accomplissement de cette évolution. Les conquêtes réalisées par les Romains et les immenses richesses mobilières qu'elles amenèrent à Rome firent reléguer au second plan les choses dont la famille vivait autrefois. L'or, les statues, les bijoux, les objets d'art de toute sorte arrivant de la Grèce ou d'ailleurs éclipsèrent les bœufs, les mulets et les ânes. Les chevaux et les esclaves devinrent très abondants. Quant aux fonds italiques et à leurs servitudes rurales ils se dépréciaient de jour en jour en se concentrant dans les mains de grands propriétaires et cette dépréciation ne s'arrêta pas jusqu'au jour où on put dire : *Latifundia perdidere Italiam*. A la fin du V[e] siècle, la richesse consista surtout en choses *nec mancipi*, sauf les esclaves. C'est ce qui fait comprendre l'oubli de

la notion de propriété collective et le triomphe définitif de la propriété individuelle. C'est la troisième phase de la propriété ; il ne resta plus que des vestiges de l'ancien état de choses, comme la copropriété de plus en plus effacée du *paterfamilias* et de ceux qui seront les héritiers siens et ces vestiges eux-mêmes finirent par devenir incompréhensibles, si bien que Justinien les supprima complètement.

Telle est l'évolution de la propriété à Rome, et en même temps l'origine de notre classification. Cet exposé est un premier argument en faveur de notre système. Un autre va résulter d'un ensemble de considérations sur l'étymologie de l'expression *res mancipi* et de la situation à l'origine de cette espèce de biens. Nous n'en avons pas encore fini avec les rapports entre la notion du droit de propriété et la distinction qui fait l'objet de cette étude.

Section III. — ***Démonstration de notre système par l'étymologie de l'expression*** res mancipi.

L'étymologie de l'expression *res mancipi* a déjà été donnée à propos du système de M. Giraud. *Mancipium* était synonyme primitivement de *dominium ex jure quiritum ; res mancipi* signifie « choses susceptibles de propriété romaine », c'est-à-dire susceptibles de propriété sans épithète, les anciens romains ne reconnaissant rien en dehors d'eux-mêmes (*hostis*, étranger). Une propriété non romaine n'était donc pas la propriété. La conséquence est qu'il faudrait lire dans les textes, *res mancipi*, ce dernier mot étant le génitif de *mancipium*. Mais cela n'a pas grande importance parce qu'on

peut considérer *mancipi* comme une contraction de *mancipii*. On ne sait pas d'ailleurs s'il faut attribuer cette orthographe aux Romains eux-mêmes ou aux copistes. M. Studemund (1) a montré que dans le palimpseste de Vérone on rencontre continuellement des expressions dans lesquelles un seul *i* est employé alors qu'il en faudrait deux (*fili* pour *filii*, *preti* pour *pretii*). Il n'y a donc pas lieu d'insister davantage sur ce point. Ce qu'il convient de retenir de l'opinion de M. Giraud, c'est que les *res nec mancipi*, d'après l'étymologie, n'étaient pas susceptibles de propriété à l'origine.

D'autres auteurs ont soutenu que *mancipium* était synonyme de *mancipatio*. *Res mancipi* signifierait donc choses susceptibles de mancipation, c'est-à-dire celles-là seules qui peuvent être aliénées par ce mode solennel. Ce sens est admissible pour l'époque classique, mais il est certainement inexact pour l'ancien droit. D'abord il n'explique rien ; la difficulté est reculée, mais non résolue ; pourquoi les *res mancipi* seraient-elles susceptibles de mancipation ? C'est ce que l'on ne nous dit pas. Ensuite, il est vraisemblable, qu'à l'origine une partie des *res mancipi* était inaliénable ; la mancipation ne s'appliquerait probablement au début qu'à des choses mobilières, mais non aux fonds de terre. Dans ce système que nous repoussons les fonds n'ayant pas été susceptibles de mancipation pendant une certaine période n'auraient pas été *mancipi*.

Ceci confirme la corrélation étroite que l'on peut constater entre les *res mancipi* et la copropriété familiale ou collective.

(1) Studemund, *Gaii institutionen*, Lipsiæ, 1874, p. 319, *in fine*.

Section IV. — *Les res mancipi, à l'origine, étaient seules susceptibles de propriété quiritaire et de revendication.*

Voyons maintenant une autre différence entre les *res mancipi* et les *res nec mancipi*, signalée par M. Giraud et reprise par Ihering. Elle consiste en ceci : les *res mancipi* sont seules susceptibles de propriété quiritaire. Nous avons déjà dit que là était le critérium de la classification que nous étudions ; il s'agit d'insister sur ce point et d'achever la justification de cette idée.

Voici comment Ihering s'exprime à cet égard (1) :

« Le droit de propriété originaire avait une double face : il comprenait le *meum esse ex jure quiritium* et le simple *meum esse*, le premier pour les *res mancipi*, le second pour les *res nec mancipi*. Le *jus quiritium* consistait dans le droit de réaliser soi-même, extrajudiciairement, la propriété établie en forme solennelle, c'est-à-dire en s'en prévalant au moyen de la *manus* (*manum depellere*, *injicere* ; *mancipatio*, *mancipium*, symbolisation de la *manus* dans la *mancipatio* par la saisie de la chose). Cette *manus* correspondait à la *manus injectio* extrajudiciaire d'une dette d'argent solennellement établie par sentence du juge, ou par le *nexum*. C'était un acte solennel dont la partie devait d'abord donner connaissance à l'adversaire, et dans lequel elle devait amener ses témoins avec elle, ce que ce dernier avait également à faire lorsqu'il voulait élever une contradiction. Dans ce cas, les parties se rendaient immédiatement avec les témoins (*suis utrisque superstibus præsentibus*) devant le Tribunal, et la procédure de revendication était intro-

(1) *Actio injuriarum*, p. 46, note 28.

duite. Elle avait pour but l'examen de la légalité de ce qui s'était fait extrajudiciairement (*vis, vin-dicare*), comme la *legis actio per manus injectionem* avait pour but l'examen de la légalité de la *manus injectio* faite extrajudiciairement. La protection du droit se restreignait pour les *res nec mancipi* aux actions de vol, et à l'action *ad exhibendum* dans le cas de rétention non justifiée (non frauduleuse) ».

Il importe, avant d'aller plus loin, de rectifier le langage d'Ihering. Il déclare que le droit de propriété originaire avait une double face. Ce passage, maintenu tel qu'il est, contredirait un passage de Gaius (I, 40). Le jurisconsulte romain nous dit que dans l'ancien droit, *olim*, il n'y avait qu'une seule espèce de droit de propriété. On était propriétaire, ou on ne l'était pas. *Aut ex jure quiritium unusquisque dominus erat, aut non intelligebatur dominus*. Ce n'est que postérieurement qu'on en détacha l'*in bonis*. On doit donc dire : le droit de propriété quiritaire existait sur les *res mancipi*, mais n'existait pas sur les autres ; on ne comprendrait pas ce que serait un droit de propriété consistant dans le simple *meum esse*, et qui ne serait pas sanctionné par la revendication. Essayons maintenant de préciser la pensée d'Ihering.

Pour la comprendre, il faut connaître la procédure introductive d'instance et les voies d'exécution sous les *legis actiones*. Pour appeler un adversaire en justice, on pouvait recourir à une *in jus vocatio*, c'est-à-dire à une sommation de comparaître devant le magistrat. Il y avait là une première série de gestes et de formalités qui aboutissaient à une première instance sur le fond du procès. Supposons le défendeur condamné, il est *judi-*

catus : le demandeur devait alors exécuter la sentence de condamnation. En vertu de cette sentence, il procédait à une *manus injectio* sur la personne de son adversaire. Alors avait lieu une nouvelle série de gestes et de formalités. Si l'adversaire contestait l'exactitude ou la validité du jugement (nous dirions aujourd'hui, s'il faisait opposition à l'exécution) il pouvait à certaines conditions, faire revenir l'affaire devant le magistrat, et il y avait une seconde instance sur l'exécution forcée. Un *vindex* prenait sa place et plaidait. On constate donc en somme l'existence de deux procès successifs. Le même phénomène se produit dans notre procédure actuelle, où le défendeur condamné dans un procès sur le fond du débat peut former opposition au commandement qui lui est fait ensuite, et demander mainlevée des diverses saisies pratiquées par le gagnant.

Or, quand un individu était spécialement créancier en vertu d'un *nexum*, ce vieux contrat solennel si énergique, il n'avait pas besoin de recourir à l'*in jus vocatio*, ni à la première instance sur le fond du débat. Il pouvait de suite user de la *manus injectio* contre le débiteur *nexus*, et si ce dernier résistait, on organisait immédiatement le débat sur cette exécution forcée. Pour continuer la comparaison avec le droit français moderne, on dira que la situation était analogue à celle de l'individu qui aujourd'hui est porteur d'un « titre paré », c'est-à-dire d'un acte revêtu de la formule exécutoire, d'un acte notarié par exemple. Chez nous, comme en droit romain, une exécution forcée est possible dans deux sortes de circonstances : à la suite d'une décision judiciaire, ou en l'absence de tout jugement préalable (1).

(1) C'est sans doute par inadvertance qu'Édouard Cuq a écrit à la

Ihéring ne fait, semble-t-il, qu'appliquer cette notion au droit de propriété quiritaire. Quand un individu en était titulaire et qu'il était dépossédé de la chose *mancipi* qui en faisait l'objet, il n'avait pas besoin de recourir à l'*in jus vocatio* ni à un premier débat sur le fond même de son droit. Il procédait de suite à une *manus injectio* ; le magistrat et le juge en examinant « la légalité de ce qui s'était fait extrajudiciairement » vérifiaient en même temps la propriété quiritaire du demandeur. Dans ce cas, comme dans le cas de *nexum*, la liquidation du litige entre les parties aurait donc été très rapide. Au contraire quand un individu n'avait qu'une *res nec mancipi* et qu'elle lui était enlevée, il devait faire organiser les deux instances successives dont il vient d'être question. Son droit, que nous nous garderons bien d'appeler droit de propriété, même imparfait, était donc sanctionné d'une façon moins parfaite, et en même temps moins énergique. Il était protégé non point par une action réelle, mais par des actions personnelles, les actions de vol et l'action *ad exhibendum*. Telle est la théorie que nous croyons découvrir dans le passage cité de l'auteur allemand.

Présentée ainsi elle est confirmée non seulement par les développements historiques donnés jusqu'à présent, mais encore par l'étymologie des mots *vindicare, vindicatio*. Cette étymologie a été donnée par M. Gauckler dans une toute autre matière, par conséquent l'autorité de son travail est particulièrement précieuse (1).

page 422 de son livre. « La décision d'un tribunal est la condition de toute exécution forcée ». L'auteur oublie ici toute la catégorie des actes notariés et aussi toute celle des actes administratifs comme les contraintes administratives qui sont revêtues de la formule exécutoire.

(1) Gauckler, Étude sur le *vindex, Nouvelle revue historique*, année 1889, page 601 et page 606, note.

Le mot *vindicare* n'était pas employé à l'origine ; on se servait du mot *vindicere* qui se décompose en *vim* et *dicere*. Ce dernier terme signifie primitivement non pas *dire*, mais *montrer*, *déclarer*, *dénoncer* ; quant au radical *vin* on peut l'expliquer de trois façons et le faire venir de *veniam*, de *venum*, ou de *vim*. M. Gauckler a montré que les deux premières opinions n'étaient pas soutenables : *Veniam dicere*, signifierait montrer sa faveur, ce qui est trop vague pour un sens juridique, et n'aurait aucun sens dans la revendication. *Venum dicere* signifierait *déclarer* le prix (de la *chose*), ce qui ne se comprendrait qu'en cas de contestation sur ce prix, or il peut y avoir débat sur la propriété quiritaire sans qu'il soit question d'un prix quelconque en argent ou en denrées. Reste donc la troisième étymologie. *Vindicere* signifie *montrer*, *déclarer*, *dénoncer* la violence ; *vin* est pour *vim*. Celui qui revendique vient déclarer qu'il a usé de violence vis-à-vis de l'adversaire, que cette violence est légitime et qu'elle doit être consacrée par la puissance publique. L'adversaire au contraire se plaint de cette violence qu'il qualifie à son tour d'illégitime et voilà le débat engagé. Cela est confirmé par ce que nous savons de la procédure de la revendication sous les actions de la loi. Chacune des parties affirmait son droit sur la chose, et la touchait avec une baguette (Gaius, IV, 16). C'est-à-dire qu'en somme chacun voulait faire juger la violence. M. Gauckler en conclut que le mot *vindex* (*qui vindicit*) désignait non seulement l'individu qui vient au secours de celui qui subit une *manus injectio*, mais tout individu qui « saisit une chose ou un homme en usant de violence envers son adversaire ». D'après cette opinion qui nous semble exacte, le mot aurait eu primiti-

vement un sens tout à fait général : le *vindex* est celui qui revendique. Ce n'est que plus tard qu'il a cessé de désigner l'individu qui intente la revendication comme demandeur.

Cette étymologie confirme absolument la théorie développée dans ce travail. Les choses *mancipi* sont, d'après l'étymologie même, les choses saisies avec la main, c'est-à-dire saisies, dans la mancipation, avec une espèce de violence qui rappelle la *manus injectio*, et qui en est l'image. Au début du procès, il y a violence contre l'adversaire ; dans l'acte translatif de propriété, il y a une appréhension physique inspirée par un souvenir du même principe, l'usage de la force.

Rien de tout cela ne s'appliquait aux *res nec mancipi*. C'étaient des biens à l'occasion desquels aucune violence n'était directement possible, et qu'on ne pouvait saisir directement avec la main : il fallait au préalable recourir à une instance aboutissant à une sentence de condamnation. Elles n'étaient pas protégées par ce droit énergique de la *manus injectio* initiale et de la revendication. De même on n'avait pas l'habitude de les saisir avec la main, *manu capere*, au moyen de la mancipation comme mode d'aliénation ; elles étaient l'objet d'une simple tradition. Elles se trouvaient ainsi dans une situation inférieure parce qu'elles n'étaient pas indispensables aux besoins de la famille et que la conservation en était moins importante que celle des autres biens. Ce n'est que plus tard que tous les biens du patrimoine furent assimilés et soumis au droit de propriété quiritaire, à l'époque où ce droit s'étendit à la *pecunia*.

Section V. — ***Démonstration de notre système par les conséquences subsistant en droit classique de la situation primitive.***

§ 1. — *Premier groupe de conséquences, relatif au régime des biens* : *Coexistence de la* condictio furtiva *et de la revendication en matière de vol* ; *Origine de la loi Atinia;* Actio de tigno juncto.

Les développements qui précèdent vont maintenant nous permettre d'expliquer toute une série de phénomènes particuliers au droit romain et l'explication rationnelle que nous en donnerons sera précisément un argument de plus en faveur de notre système sur l'origine et le fondement de la division de *res*.

En ce qui concerne les biens, signalons tout d'abord la coexistence de la *reivendicatio* et de la *condictio furtiva* en matière de vol d'une part, et d'autre part l'origine de la loi Atinia prohibant l'usucapion des choses volées. L'explication de ces deux faits juridiques se rattache étroitement à la situation de la propriété telle que nous l'avons indiquée. Précisons la situation des *res nec mancipi*. Nous avons dit qu'à l'origine elles n'étaient pas susceptibles de propriété quiritaire, ni de revendication. Quand on les acquérait elles se trouvaient dans le patrimoine dans la situation inférieure dont nous avons parlé. On pouvait donc les recevoir de quelqu'un qui n'avait sur elles que ce droit *sui generis* qui n'était pas la propriété ; en d'autres termes il n'était pas nécessaire que le cédant fût propriétaire quiritaire. La conséquence est qu'il pouvait même n'avoir aucun droit sur la chose, ni aucun pouvoir d'aliéner. Il n'y avait pas besoin pour la cession du *dominium auctoris* ; il suffisait d'une tradition *ex justa causa*. Le *bonæ fidei possessor*

n'avait pour avoir un droit légitime sur la chose, qu'à prouver le paiement de son prix ou son acquisition à titre de dot, ou tradition, ou même par occupation, en supposant qu'il n'a acquis la chose de personne. Il pouvait de cette façon garder l'objet sans avoir à redouter la revendication, ni par suite une éviction. On voit ainsi qu'à l'origine les biens composant la *pecunia* se trouvaient immédiatement acquis au possesseur de bonne foi, même si le *tradens* n'avait aucun droit sur elles. C'était là une règle très pratique, propre à favoriser la circulation de cette classe spéciale de biens. L'idée romaine primitive, pour les *res mancipi*, était la conservation dans le patrimoine ; l'idée pour les *res nec mancipi* était inverse. Faut-il s'étonner beaucoup de ce contraste ? Nous avons en réalité quelque chose d'analogue dans notre division des biens en meubles et immeubles. Dans notre ancien droit, les immeubles étaient les choses précieuses qu'il fallait conserver dans les familles. Quant aux meubles ils étaient considérés comme ayant moins d'importance et devaient circuler librement. Cette idée a passé dans le Code civil. Elle a inspiré l'article 2279 ; aujourd'hui pour les meubles corporels comme en droit romain pour les *res nec mancipi*, c'est le possesseur actuel que l'on veut protéger. Ainsi, le régime de la *pecunia* ressemble beaucoup au régime des meubles corporels d'après l'article 2279. Dans les deux cas c'est le possesseur de bonne foi qui est protégé ; on ne s'inquiète pas de la situation du possesseur antérieur (sauf art. 2279, 2°). On punit le possesseur de mauvaise foi, mais on protège celui qui est de bonne foi. Ainsi, dans le droit romain primitif, celui qui était dépouillé d'une *res mancipi* avait la revendication, mais cette action

n'appartenait pas à celui qui était dépouillé d'une *res nec mancipi*. Quelle action avait-il alors? Il avait l'action *ad exhibendum* et en outre, au besoin, les actions nées d'un délit. C'est là encore la seule manière d'expliquer l'existence reculée de cette action *ad exhibendum*.

Elle remonte en effet certainement à l'époque de la loi des XII Tables (29, Inst. II, I — loi 7, § 10, Dig. XII, I). D'autre part, elle ne paraît ne s'être appliquée qu'aux choses mobilières (loi 38, Dig. VI). On en comprendra la raison si l'on pense qu'à l'origine les *res nec mancipi* ne comprenaient que des meubles. En effet, les fonds provinciaux n'était pas encore connus, et les terres concédées sur l'*ager publicus* n'étaient pas encore l'objet d'un droit de la part des particuliers. Celles qui avaient fait l'objet d'un partage de la part de Romulus et de Numa étaient devenues *res mancipi* et avaient cessé de faire partie de l'*ager publicus*. Quant à celles que l'État avait pu garder, il pouvait bien les concéder encore à titre temporaire, mais les possesseurs ne les avaient pas encore usurpées comme ils firent par la suite. Les *res nec mancipi* étaient donc bien mobilières.

A côté des avantages de la règle que nous avons signalée et qui facilitait la circulation des biens composant la *pecunia*, il y avait les inconvénients. Celui qui avait une *res nec mancipi* dans son patrimoine pouvait la perdre aussi facilement qu'il l'avait acquise. De là l'extension donnée à la notion du vol en droit romain. On sait qu'il comprenait non seulement ce que nous appelons le vol proprement dit, c'est-à-dire la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui, mais encore l'escroquerie et l'abus de confiance, et même des hypothèses où nous ne concevrions plus qu'il y ait délit : un propriétaire pou-

vait voler sa propre chose, par exemple, s'il l'a donnée à titre de gage et qu'il vienne à la soustraire au créancier gagiste. Tout cela avait pour but de protéger le volé. Mais ce volé n'avait pas la même situation suivant que la chose enlevée était *mancipi* ou *nec*. Dans les deux cas, il avait les actions pénales de vol. Mais à l'origine il n'avait comme action reipersécutoire la revendication que s'il s'agissait d'un bien de la *familia*; pour les biens de la *pecunia*, il n'avait que des actions personnelles, l'action *ad exhibendum* et la *condictio furtiva*. Il est impossible d'expliquer autrement la coexistence de la *reivendicatio* et de la *condictio* à l'époque classique pour tout objet volé. Leur concours n'est, comme le dit Ihering, que le résultat du nivellement ultérieur qui rendit commun à tous les biens les principes du droit et les moyens de recours contre le voleur : *reivendicatio, actio ad exhibendum, condictio furtiva*. Cette coexistence paraissait une énigme aux jurisconsultes romains eux-mêmes ; Gaius (IV, 4) en donne comme raison le sentiment de haine qu'on a pour le voleur, mais cette raison n'en est pas une. Elle n'explique pas comment un individu peut se dire à la fois propriétaire et créancier d'une même chose, mais la lumière apparaît si l'on remarque que le concours de deux actions n'a pas eu lieu à l'origine. Elles avaient alors chacune leur domaine respectif; ce concours s'est établi plus tard, et s'est maintenu par l'effet de l'esprit conservateur du peuple romain qui n'arrivait pas à supprimer même des règles devenues inutiles : quand la notion de propriété quiritaire fût étendue aux *res nec mancipi* on leur étendit la revendication, de même que la *condictio* des *res nec mancipi* fut étendue aux autres.

On comprend aussi dans notre système non seulement l'extension de la notion de vol quant aux faits qualifiés vols, mais aussi quant aux personnes. Le propriétaire d'une *res mancipi* volée avait la revendication non seulement contre le voleur, mais, en vertu de son droit de suite, contre tout détenteur. Au contraire, le propriétaire d'une *res nec mancipi* volée n'ayant que des actions personnelles n'avait pas le droit de suite. Il fallut donc venir à son secours. Et comment? En multipliant les actions nées du vol. S'il était en face d'un possesseur, ou bien celui-ci était le voleur, et soumis comme tel aux actions du vol, ou bien il était simplement possesseur et exposé alors à l'action personnelle *ad exhibendum*. Mais les actions nées du vol n'étaient pas dirigées seulement contre le voleur. Gaius nous rapporte en effet qu'elles l'étaient contre quiconque détenait la chose, c'est-à-dire recéleur ou considéré comme tel. Il y avait suivant les cas *actio furti concepti, actio furti prohibiti, actio furti non exhibiti*. Celle-ci était donnée, dit Justinien (Inst. IV, I, § 4) contre quiconque refusait de restituer l'objet volé qu'une perquisition opérée chez lui avait fait découvrir. Ce passage des Institutes montre le véritable sens du mot *exhibere* « restituer » et par suite le sens de l'expression *actio ad exhibendum* ; elle n'a pas pour objet l'exhibition de la chose, mais sa restitution. Elle remplaçait la revendication contre un détenteur qui d'une part n'était pas soumis à une action née d'un délit, et qui d'autre part ne pouvait pas s'abriter derrière une cause légitime de possession (tradition en vertu d'une vente ou d'un échange par exemple).

On aperçoit ainsi l'extension de la notion de vol à des tiers, et la multiplicité des actions personnelles nais-

sant du délit pour remplacer l'action réelle en revendication. Toutes ces particularités ne peuvent s'expliquer d'une façon satisfaisante que par l'absence de cette action réelle relativement à une chose *nec mancipi* et par le désir de protéger en même temps celui qui l'avait perdue.

Une conséquence de ce qui précède est qu'il n'y avait pas lieu à l'origine à l'usucapion des *res nec mancipi*. Car ou bien la chose n'était pas volée, et le maître acquérait immédiatement droit sur elle de façon qu'on ne pouvait pas la lui enlever, ou elle était volée et le possesseur était exposé à toutes les actions que nous venons de voir. Plus tard, quand le droit de propriété quiritaire s'appliqua à cette sorte de biens l'usucapion lui fut étendu également. L'*usus* et l'*auctoritas* (*actio auctoritatis*) de la loi des XII Tables étaient, dit Ihering, restreints aux *res mancipi*. Ce ne fut que lorsque la revendication eût été étendue aux *res nec mancipi* et qu'ainsi une éviction eût été également rendue possible pour elles que l'usucapion y fut également rendue applicable. Et alors on s'explique la nécessité de la loi Atinia. La loi des XII Tables avait prohibé l'usucapion des choses volées, cela veut dire des choses *mancipi*. Plus tard quand l'usucapion s'appliqua aux choses *nec mancipi* on pouvait usucaper même une chose volée. La loi Atinia est venue précisément le défendre pour les biens ayant composé autrefois la *pecunia*. C'est ainsi qu'il faut expliquer l'intervention de cette loi, et il n'y a pas d'autre explication possible. La loi des XII Tables avait formulé une première prohibition. *Furtivæ rei æterna auctoritas esto* ; la loi Atinia vint ensuite : *Quod subreptum erit, ejus rei æterna auctoritas esto*. L'identité des termes que l'on rencontre dans les deux lois

a fait supposer que la loi Atinia avait simplement reproduit ce qui avait déjà été dit dans la loi des XII Tables. Pourquoi, on n'en saurait rien. M. Accarias déclare que nous ignorons absolument ce qu'elle aurait pu ajouter au vieux texte. D'autres ont cherché la solution de l'énigme et ont proposé des systèmes qui ne satisfont pas l'esprit parce qu'ils reposent sur des conjectures. Notre système est au contraire en parfaite conformité avec la théorie plus générale que nous avons développée. Cette loi Atinia n'avait pas besoin d'exprimer pour la seconde fois un principe que contenait déjà la loi des XII Tables. Elle ne peut s'expliquer d'une manière satisfaisante, comme le dit très bien Ihering, que par le fait que l'antique disposition sur l'exclusion de l'usucapion des choses volées se rapportait exclusivement aux *res mancipi*, et que l'usucapion ayant été étendue aux *res nec mancipi*, cette exclusion devait également être prononcée pour celles-ci.

La loi Atinia qui étendait ainsi à cette catégorie de choses les dispositions de la loi des XII Tables sur le vol en fit sans doute autant pour la durée de la garantie contre l'éviction. Lorsque les *res nec mancipi* furent susceptibles de propriété quiritaire, il put être question pour elle de revendication et d'éviction, et le possesseur même de bonne foi ne fut plus à l'abri de tout danger. Le texte de la loi Atinia que nous avons cité plus haut, et qu'Aulu-Gelle nous a conservé, contient la preuve que la loi Atinia s'occupe de la garantie contre l'éviction, garantie qu'elle rendit perpétuelle.

Une autre conséquence relative à l'*actio de tigno juncto* est à signaler dans le domaine du vol. Supposons que des matériaux appartenant à autrui aient été incorpo-

rés à un immeuble ; le propriétaire d'un terrain a construit sur son propre fonds avec des matériaux qui ne sont pas à lui, a l'époque classique, le propriétaire des matériaux ne peut exercer la revendication que si le constructeur est de mauvaise foi. Justinien nous dit, ce qui est certainement une erreur, que de son temps une revendication n'est jamais possible (Instit., II, I, § 29), pas même contre un constructeur de mauvaise foi. Mais l'erreur de Justinien est pour nous une importante indication. L'Empereur a soin de dire que si la revendication est exclue, c'est en vertu de la loi des XII Tables ; s'il ne fait pas la distinction entre le constructeur de bonne et de mauvaise foi c'est donc que la vieille loi ne le faisait pas non plus et défendait de revendiquer un *tignum junctum*. Quel en était le motif? Est-ce celui que donne Justinien, à savoir qu'on voulait empêcher de démolir trop facilement les maisons? Nous croyons qu'il y en a un plus sérieux. La revendication était primitivement exclue parce que les matériaux étaient *res nec mancipi*. Il n'y avait pas à voir s'ils étaient volés ou non. La question de savoir s'il y avait vol n'était importante qu'au point de vue de l'exercice de l'*actio de tigno juncto* qui n'était possible que pour les matériaux volés (Loi I, pr. Dig., 47, 3).

Donc à l'origine, si les matériaux étaient volés, l'*actio de tigno juncto* pouvait être intentée contre un constructeur de bonne ou de mauvaise foi, celui-ci était d'ailleurs exposé à la *condictio furtiva*. S'ils ne l'étaient pas, le constructeur de bonne foi était à l'abri de toute action, le constructeur de mauvaise foi était soumis à l'action *ad exhibendum*. C'est l'application à une hypothèse spéciale de notre théorie générale.

§ 2. — *Conséquences relatives à l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi.*

Les mêmes idées donnent la raison d'être d'un autre phénomène juridique relatif aux biens, l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi.

D'après l'opinion généralement admise aujourd'hui, la situation de celui qui possède de bonne foi une chose appartenant à autrui n'a pas été la même relativement aux fruits à toutes les époques de droit romain. A l'époque classique, il acquiert tous les fruits perçus ou séparés, tant qu'il possède, c'est-à-dire avant la *litis contestatio* quand le vrai propriétaire exerce la revendication. Au Bas-Empire au contraire, il les acquiert seulement par la consommation ; il doit donc restituer tous les *fructus extantes*. Certains textes classiques semblent contredire cette proposition, mais on est d'accord pour reconnaître qu'ils ont été interpolés par Justinien. Mais s'il est facile de constater le changement qui s'est opéré, il l'est beaucoup moins d'en donner un motif satisfaisant. Il y a bien des systèmes sur ce point. Les uns l'expliquent par l'influence du sénatus-consulte Juventien. Ce texte avait décidé que le possesseur de bonne foi en matière d'hérédité ne devait restituer à l'héritier vrai que le montant de son enrichissement, et il aurait, dit-on, réagi, sur l'action en revendication ; le possesseur de bonne foi restituerait les fruits extants pour qu'ils constituent pour lui un enrichissement, et il garderait les fruits consommés parce qu'ils ne sont pas un enrichissement. Mais cela est inadmissible, et peu logique. Il est inexact de dire que les fruits extants sont toujours

un enrichissement. Le possesseur a pu les dépenser par avance, comptant sur leur valeur ; si alors on les lui reprend, il y a appauvrissement pour lui parce qu'il a dépensé une partie de son propre patrimoine. A l'inverse, des fruits consommés peuvent créer un enrichissement à son profit, puisque consommer c'est vendre par exemple, ou bien en les consommant, il a économisé sur ses propres revenus. L'héritier apparent au contraire, restitue tout ce dont il s'est enrichi ; sans qu'on recherche si les fruits sont consommés ou non.

Un autre système, plus savant, prétend qu'autrefois le possesseur de bonne foi était fort mal traité : il n'avait ni action, ni exception pour se faire rembourser les impenses qu'il avait pu faire sur la chose. Alors il garderait les fruits par une sorte de compensation telle qu'elle. Plus tard, quand l'exception de dol eut été introduite dans la législation, on n'admit plus une règle aussi imparfaite ; il dut imputer ses dépenses sur les fruits. On décida qu'on lui allouerait ses avances et qu'il tiendrait compte des fruits existants. Quant aux fruits consommés, l'habitude était prise de ne pas les lui réclamer ; la coutume s'était formée, avant l'exception de dol, de les lui attribuer *pro cultura et cura*, par équité. Il les a dépensés, parce qu'il se croyait plus riche, *lautius vivendo*, et ce serait le ruiner souvent que de les lui faire restituer. C'est spécieux, mais de graves objections s'élèvent contre cette corrélation avec l'exception de dol. D'abord l'exception fut introduite au VII[e] siècle de Rome, et la restitution des *fructus extantes* date du III[e] siècle après J. C. Il y aurait donc eu un intervalle de trois cents ans entre la cause et l'effet produit ; la conséquence aurait été longue à déduire. Ensuite, si ce système était

exact on devrait aller bien plus loin et dire que les fruits même consommés, seront restitués, puisqu'on tient compte au moyen de l'exception du dol de toutes les dépenses légitimement faites.

Telles sont les explications qu'on donne généralement. Elles sont d'autant plus difficiles à admettre qu'elles n'indiquent pas de sources. C'est donc que les jurisconsultes romains avaient perdu le souvenir du motif primitif pour lequel on laissait tous les fruits au possesseur de bonne foi. Ce motif devait être fort ancien ; cette conjecture est tout à fait confirmée par les expressions de la loi 12, 8, Dig. XLIX, 15, *jus* VETUSTISSIMUM *bonæ fidei possessionis*. En réalité ce possesseur faisait les fruits siens dès la plus haute antiquité, dès l'époque où l'on ne revendiquait pas les fruits parce qu'ils n'étaient pas *res mancipi*. On pouvait revendiquer la chose elle-même, non les fruits. Et cette idée trouve un appui dans le fameux texte de Gaius, Com., II, 15. Il nous dit qu'on discuta longtemps pour savoir si les petits des animaux *quæ collo dorsove domantur* sont *res mancipi* dès leur naissance, ou dès le moment où ils peuvent être domptés. Pourquoi ? parce que si, étant petits, ils étaient considérés comme *res nec mancipi*, le possesseur de bonne foi les conservait.

Quant aux enfants de l'*ancilla* le propriétaire de la mère pouvait toujours les revendiquer. Les textes classiques en donnent des raisons humanitaires peu vraisemblables : *dura separatio*, dit la loi 12, 7, Dig., XXXIII, 7 ; *pietatis intuitu*, dit la loi 41, 2, Dig. XXXII. Ces motifs peuvent expliquer pourquoi la règle fut conservée à une époque historique, mais ils montrent que les jurisconsultes ne se rendaient plus compte pourquoi elle fut éta-

blie, dans les temps primitifs. Le vrai motif c'est que le *partus ancillæ* était considérée comme *mancipi* dès sa naissance. C'était là un bien tellement important à l'origine, tellement nécessaire aux besoins de la famille qu'on le rangeait immédiatement dans la *familia* bien qu'il ne rapportât rien et coutât même à élever. Aussi Gaius, dans le passage indiqué, dit-il que la controverse porta sur les petits des animaux seulement, mais non sur les petits esclaves. Plus tard on donna au propriétaire de la chose, le droit de revendiquer tous les fruits devenus eux-mêmes susceptibles de propriété. On pourrait objecter que la réforme fût longue à se produire, puisque le *jus quiritium* s'étendait à la fortune individuelle au Ve siècle de Rome, et que la restitution des *fructus extantes* ne date que de l'époque classique. Mais il faut tenir compte de l'esprit conservateur des Romains; ils respectaient leur législation même lorsqu'ils ne la comprenaient plus. C'est là une idée qui nous explique cette particularité chronologique, particularité qui se retrouve d'ailleurs dans le 2e système que nous avons examiné.

§ 3. — *Origine de la* Querela in officiosi testamenti *et de l'action en réduction des legs.*

Quand un fils avait été exhérédé par son père sans juste cause, le testament était *inofficiosum*, contraire à l'*officium pietatis*, aux devoirs de famille et l'enfant pouvait le faire tomber au moyen de cette action spéciale. Comment expliquer l'existence de cette action? Nous avons dit qu'à l'origine le père de famille n'avait pas la liberté absolue de tester ; il devait réserver à la famille

les biens de la famille. Plus tard, à mesure que la notion de propriété individuelle se développa, elle influa sur cette liberté de tester, et le père put disposer non seulement de la *pecunia*, mais encore de la *familia* au détriment des enfants. Il eut la faculté à une époque de les exhéréder tacitement, en les passant simplement sous silence. Puis on l'obligea à les exhéréder d'une certaine façon (*nominatiim*). Enfin il fut reconnu qu'il devait leur laisser quelque chose par testament. Cette règle n'est pas autre chose qu'une trace de l'ancien droit de copropriété des enfants sur le patrimoine familial et de l'impossibilité où se trouvait le *paterfamilias* de les en priver. Le lien entre les deux choses paraît certain. A l'époque où le père se trouva libre de tester comme il le voulait, il n'abusa pas tout d'abord de ce droit, pas plus qu'il n'abusa du droit de vendre les immeubles *mancipi* quand ils furent devenus aliénables. Les mœurs continuèrent de maintenir un état de fait semblable à l'ancien état de droit. Ce n'est qu'à une époque plus récente, quand la notion du régime primitif de la propriété eût à peu près disparu qu'on vit des testaments exhérédant des enfants sans juste cause. C'est à cette même époque aussi qu'apparut la théorie de l'exhérédation et celle de la *querela inofficiosi testamenti*. Quelle est cette époque ? Il est difficile de l'établir. Tout ce que nous savons, c'est qu'elle est fort reculée.

Elle se place bien avant la fin de la République. Cicéron parle de l'inofficiosité comme d'une règle couramment admise. Il en parle dans sa 2[e] harangue contre Verrès. *Jure, legibus, auctoritate omnium qui consulebantur testamentum unius fecerat non improbum, non inofficiosum, non inhumanum.* Valere Maxime cite aussi des

testaments inofficieux attaqués et rescindés au temps de Pompée. Justinien nous parle également dans son Code, au titre *De inofficioso testamento*, de *priores et antiquæ leges* qui ont établi cette théorie (1). On peut sans témérité le faire remonter à une époque voisine de celle où le droit de propriété quiritaire fut étendu à la fortune individuelle et où la *familia* cessa d'être gouvernée par les principes d'autrefois, c'est-à-dire vers le 6e siècle de Rome. Cette conjecture sur l'origine de la *querela* cadre avec la manière dont les Romains en justifiaient l'existence. Ils imaginèrent de dire que le père qui, sans juste cause, exherede son enfant n'est pas tout à fait sain d'esprit, *quasi non sanat mentis*. Ils ne prétendirent pas qu'il était complètement fou ou insensé ; autrement le testament eut été radicalement nul, mais ils supposèrent que sa raison avait été égarée par la colère ou par la séduction étrangère, qu'il avait perdu la conscience de ce qu'il faisait, du devoir que les liens du sang lui imposaient. Son testament était contraire aux sentiments qui doivent exister entre parents. Pour lui, le devoir de famille était de ne pas priver ses enfants, non pas du patrimoine entier, mais d'une certaine partie du patrimoine auquel ils avaient légitimement droit. De même qu'autrefois il pouvait tester librement sur sa *pecunia*, mais ne pas toucher à la *familia*, de même, dans le droit plus récent, il peut disposer d'une partie de sa fortune seulement.

On peut rapprocher de ce qui précède la théorie de la loi Falcidie défendant au testateur de faire des legs absorbant la totalité de l'hérédité. Elle se rapporte essentiellement au défaut de liberté de tester existant à

(1) Code de Justinien, l. III, t. XXVIII, loi 31 et loi 32.

l'origine. Autrefois le père de famille ne pouvait disposer de sa *familia,* plus tard à l'indisponibilité de certains biens, ce qui était une gêne au point de vue de la libre circulation ou substitua l'indisponibilité d'une certaine quotité. C'est beaucoup plus commode au point de vue économique.

C'est ainsi qu'il est possible de rattacher la théorie de la *querela* à un ordre d'idées plus général. De cette façon, on n'en fait pas une œuvre nouvelle créée un jour de toutes pièces, mais au contraire on la fait descendre comme une conséquence logique et naturelle d'un ancien état de choses. Cette manière de comprendre les institutions des Romains s'accorde bien mieux avec leur esprit conservateur et le respect qu'ils avaient, au moins encore au temps de la République, pour leurs institutions primitives.

Section VI. — *Deuxième groupe de conséquences, relatif à la situation des personnes : curatelle et tutelle.*

Un développement intéressant nous est fourni par l'étude de la curatelle du prodigue. Cette institution venait de la loi des XII Tables (Inst. I, 23, *De curatoribus,* § 3 (1). On sait qu'une condition indispensable à l'ouverture de cette curatelle était que le prodigue eut succédé *ab intestat* à son père.

Comment expliquer cette particularité ?

Bien des systèmes ont été proposés à ce sujet.

Nous ne les examinerons pas : nous indiquerons seu-

(1) Cicéron nous a conservé le texte relatif au *furiosus* ; on se demande si les jurisconsultes romains l'ont appliqué par extension au prodigue, ou si la vieille loi s'occupe spécialement de celui-ci. Dans tous les cas, il est certain que la loi des XII Tables les mettait tous deux en curatelle.

lement celui qui nous paraît le plus vraisemblable, et qui, en même temps, nous servira de précieux argument en faveur de la théorie que nous avons développée sur l'origine des *res* en *mancipi* et *nec mancipi*. Il a été exposé par M. Audibert dans un récent travail (1).

D'après M. Audibert, la curatelle se rattache à l'ancienne organisation de la famille : ce fut d'abord une institution purement familiale. « A l'époque, dit-il, où la *gens* avait encore sa constitution primitive c'était l'autorité gentilice qui intervenait lorsqu'un *paterfamilias* devenait fou ou faisait des dépenses excessives. C'était elle qui devait constater l'état mental de l'aliéné ou prononcer contre le prodigue le décret d'interdiction, créer une curatelle pour l'administration des biens, et surveiller la gestion des curateurs. Cette hypothèse concorde très bien, soit avec ce que nous savons de la *gens* et de son ancienne constitution, soit avec les caractères distinctifs de la curatelle légitime, manifestement organisée comme une institution propre à la famille civile » (2). Ajoutons qu'elle concorde également avec le langage de la loi des XII Tables. En ce qui concerne le *furiosus*, elle s'exprimait ainsi : *si furiosus est, agnatorum gentiliumque in eo pecuniaque ejus potestas esto.* Pour le prodigue, Paul (III, tit. IV, A, § 7) nous a conservé la formule d'interdiction. *Quando tibi bona paterna avitaque nequitia tua disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re commercioque interdico.* Cette formule était peut-être calquée sur le texte des décemvirs ; nous ne savons pas exactement s'ils avaient em-

(1) *Étude sur l'histoire du droit romain*, t. I : la Folie et la prodigalité, 1892. Le savant auteur expose et discute les différents systèmes produits sur le caractère singulier de la curatelle légitime.

(2) *La folie et la prodigalité*, p. 2.

ployé le mot *familia* ou les expressions *bonapaterna avitaque* dont Paul se sert, mais les deux expressions avaient évidemment le même sens ; elles désignaient toujours des biens qui avaient été transmis par les ancêtres.

Ainsi, d'après la vieille loi, le *commercium* n'était plus possible pour les *res mancipi* du prodigue après son interdiction. Son curateur ne pouvait pas en disposer ; c'étaient les choses indispensables aux besoins de la famille, dont il aurait eu simplement l'administration. Dans ces conditions, la curatelle légitime se serait appliquée à l'origine aux *res mancipi*, à la *familia*, et non aux *res nec mancipi* qui correspondent à la *pecunia*, ce qui constituerait une nouvelle différence entre le régime des *res mancipi* et celui des *res nec mancipi*.

Relativement au *furiosus* la théorie était absolument identique ; ici même nous avons le texte de la loi des XII Tables qui ne donne au curateur agnat ou gentil de pouvoir que sur la *pecunia*. Nous sommes autorisés à en conclure, par *a contrario*, qu'il ne pouvait compromettre la *familia* par des aliénations ou des constitutions de droits réels. Pour cela tout pouvoir, *potestas*, lui faisait défaut.

Telle est pour notre part la théorie que nous adoptons sur ce point. Mais M. Audibert ne va pas aussi loin. Après avoir indiqué l'origine de la curatelle légime du prodigue, il explique l'idée de l'ancienne interdiction de ce prodigue, limitée aux *bona paterna avitaque* qu'il a reçus *ab intestat* de son père, par la forme initiale et collective de la propriété, laquelle était inaliénable. Ce sont là des idées sur lesquelles nous sommes absolument d'accord avec l'éminent professeur ; nous les avons précisément développées au cours de cette étude.

La divergence de vues existe seulement sur le sens qu'il convient de donner aux mots *paterna avitaque* que M. Audibert considère comme synonymes de *heredium* (maison avec le jardin ou le verger qui l'entourait) tandis que nous les croyons synonymes du mot *familia* (biens indispensables aux besoins de la famille), qui a une portée beaucoup plus large, puisqu'il comprend toutes les *res mancipi*.

Au surplus, voici le passage dans lequel M. Audibert explique son opinion : « Je ne puis me résoudre, dit-il, à interpréter la décision des XII Tables, *in eo pecuniaque ejus potestas esto*, comme si elle eut fait porter exclusivement sur les *res nec mancipi* le pouvoir du curateur. Il me paraît particulièrement inadmissible de confondre une distinction fondée sur la nature même des objets (*res mancipi* et *nec*) avec une distinction tirée de leur origine, telle que celle des *bona paterna avitaque*, et des biens provenant d'une autre source. A l'époque classique, il est certain que la protection s'étendait d'une façon générale à tous les biens transmis dans la succession paternelle sans distinguer les *res mancipi* ou *nec* (Ulpien, XII, 3). Il faut, dans tous les cas, reconnaître que la notion des *bona paterna avitaque* s'est élargie, il s'agit seulement de savoir quel en a été le premier germe. Ce qui me porte à croire que l'interdiction primitive protégeait exclusivement l'*heredium*, c'est qu'à mon sens elle se rattache à l'ancien principe de l'inaliénabilité et que, suivant toute vraisemblance, ce principe dut toujours être limité à la propriété immobilière (1) ».

Ce passage contient une première objection à notre théorie, tirée de la restriction de l'inaliénabilité primi-

(1) *La folie et la prodigalité*, page 118 à la note.

tive à la propriété immobilière. C'est un point sur lequel nous nous sommes déjà expliqué. Nous avons dit que certainement pour les esclaves et les autres meubles *mancipi* il y avait eu très anciennement, peut-être toujours, une exception à l'inaliénabilité ; nous en avons donné la raison de fait ; elle s'explique *utilitatis causa*, mais laisse debout tout entière la théorie de droit que nous soutenons. Reste l'objection, plus grave, tirée de ce que la distinction des *res mancipi* ou *nec*, fondée sur la nature même des biens n'a aucun rapport avec celle des *bona paterna avitaque*, ou des autres, fondée sur leur origine.

M. Audibert en conclut que la curatelle destinée à protéger les *bona paterna* n'a rien à faire avec la distinction des *res mancipi* ou *nec*, c'est-à-dire de la *familia* ou de la *pecunia*. Ce qui le conduit à cette conclusion c'est le sens qu'il donne à l'expression *bona paterna* qu'il considère comme synonyme d'*heredium*. Mais comment être sûr de cette synonymie ? Nous ne savons si l'un ou l'autre de ces mots se trouvait dans la loi des XII Tables ; M. Audibert le reconnaît lui-même. Il constate aussi que la loi ne donnait pas de curateur à tous les prodigues, mais seulement à ceux qui dissipaient « les choses de la famille ». Enfin il nous dit, « qu'à l'origine l'inaliénabilité des biens *réservés à la famille* entraînait l'impossibilité d'en disposer même par testament ». Tout cela ne s'applique-t-il pas bien à toutes les *res mancipi*, à tous les biens qui, ainsi que nous l'avons montré, étaient indispensables aux besoins de la famille? Il convient donc d'étendre le système de M. Audibert sur la curatelle légitime du prodigue à toutes les *res mancipi*.

De cette façon le patrimoine du prodigue se trouvait

composé de deux parties soumises à un régime différent d'après l'origine des biens. Ceux qui venaient de la famille étaient en principe indisponibles ; les autres pouvaient être aliénés. Cela ne portait aucune atteinte à l'unité du patrimoine : il y a bien des hypothèses en droit où l'on voit un individu dont une fraction seule du patrimoine est soumise à un régime particulier. Nous nous contenterons de citer le père qui a un fils militaire avec un pécule *castrense* : une opinion soutient que le père était toujours propriétaire de ce pécule, autrement il ne s'appellerait pas pécule ; mais le droit de disposition du père, absolu en ce qui concerne l'ensemble de son patrimoine était pour le pécule *castrense* restreint dans l'intérêt du fils. Rappelons encore le cas du mari qui a reçu des immeubles dotaux ; ici sans contestation, il en est propriétaire, et ils sont pourtant soumis à un régime spécial. On peut également trouver en droit français des situations analogues.

Les dispositions sur la tutelle des femmes et des pupilles rentrent dans le même ordre d'idées. Les développements donnés plus haut sur la tutelle des femmes pubères nous dispensent d'y revenir ici. Nous avons dit que le tuteur de la femme devait donner son *auctoritas* pour qu'elle disposât de ses *res mancipi* c'est-à-dire de sa *familia*. Quant à la *pecunia* elle pouvait en disposer librement.

En ce qui concerne le pupille, comme il était absolument incapable, la loi sauvegardait sa *familia* dans l'intérêt de la famille, et sa *pecunia* dans son intérêt individuel. C'était là une règle inspirée par la nécessité de protéger celui qui ne pouvait se protéger lui-même *ad tuendum eum qui propter ætatem se defendere nequit*, disent les Institutes (I, XIII, § 1).

CONCLUSION

EFFACEMENT ET DISPARITION DE LA DISTINCTION.

On peut se rendre compte maintenant de l'origine de la distinction entre les choses *mancipi* et les autres. Nous avons montré qu'il ne faut pas voir là une classification arbitraire. Elle paraissait telle à l'époque classique parce qu'elle ne correspondait plus ni à l'état des mœurs, ni à l'organisation de la famille, ni au régime de la propriété. Mais ne peut-on pas dire aussi que notre fameuse classification des meubles et des immeubles est devenue, elle aussi, artificielle et gênante ! Naturelle dans notre ancien droit, elle n'est plus en harmonie avec nos mœurs et notre état économique. Elle a pourtant été consacrée par le Code civil, à une époque où elle avait déjà perdu de son importance. De même la distinction des *res mancipi*, bien plus ancienne que la loi des XII Tables, fut consacrée par elle à une époque où elle devait bientôt devenir gênante. La preuve en est que, plus tard, quand les Romains connurent les chameaux, les éléphants, et d'autres choses précieuses, ils se gardèrent bien de les faire rentrer dans la catégorie des *res mancipi*. C'est que quand les besoins de la famille eurent changé, quand les choses qui autrefois étaient le superflu devinrent le nécessaire on s'aperçut que la mancipation était une formalité bien embarrassante ; aussi essaya-t-on de s'en passer au moyen de l'*in bonis*.

En droit romain, comme en droit français, on voit donc une classification naissant naturellement de l'état économique et social d'un peuple, consacrée ensuite à une époque historique par une grande loi, puis subsistant comme un anachronisme.

A Rome cet anachronisme finit par disparaître sous Justinien.

Mais les anciennes différences entre les *res mancipi* et *nec* avaient disparu depuis longtemps déjà. Ainsi que nous l'avons dit, la notion de propriété quiritaire, vers le commencement du VIe siècle, fut étendue aux biens composant la *pecunia*. A cette époque le luxe et le bien-être se développaient de plus en plus chez les Romains. Les nombreuses conquêtes réalisées les avaient mis en contact avec des peuples d'une civilisation plus avancée. Les *res mancipi* apparurent alors comme n'étant plus à elles seules nécessaires aux besoins de la famille. Le superflu devint le nécessaire, et les *res nec mancipi* devinrent de plus en plus indispensables. L'usage de la monnaie contribua beaucoup au changement opéré ; en devenant un instrument général d'échange, elle devint aussi la commune mesure de la valeur des choses. Cette valeur ne fut donc plus appréciée uniquement d'après l'utilité que la famille pouvait retirer des biens. En d'autres termes, une nouvelle notion de la richesse s'introduisit.

A partir de ce moment, la *pecunia* prit le dessus sur la *familia*. Le propriétaire put aliéner tous ses biens sans distinction et librement en disposer par testament (sauf la *querela inofficiosi testamenti*). Il se produisit un nivellement, une certaine assimilition de toutes les parties du patrimoine. Les règles des *res mancipi* furent

étendues aux autres, et réciproquement. On put alors revendiquer la *res nec mancipi* et, à l'inverse l'action *ad exhibendum* devint d'un usage courant pour les *res mancipi* mobilières. En cas de vol, on eut à la fois la *revendicatio* et la *condictio furtiva* pour toutes. En un mot si l'assimilation ne fut pas complète, du moins la distinction s'effaça et perdit une notable portée de sa raison d'être.

Mais l'on a vu toutes les traces qui restèrent de l'ancien état de choses et persistèrent jusqu'à l'époque classique, et même plus tard encore. Ces vestiges montrent l'importance de l'ancienne classification, et démontrent qu'elle a été la base fondamentale du droit romain primitif.

DROIT FRANÇAIS

DE LA CONDITION DES MINEURS

AU POINT DE VUE DE LA NATIONALITÉ

EN DROIT INTERNATIONAL

INTRODUCTION

L'origine de la loi du 26 juin 1889 se trouve dans une proposition de loi déposée sur le bureau du Sénat par M. Batbie. Son but était de codifier les lois successives et confuses intervenues sur la matière de la nationalité. Il résumait ainsi le caractère de sa proposition. « Nous n'avons pas voulu restreindre ni rendre plus difficile l'acquisition de la qualité de français, au contraire, nous avons voulu la faciliter, mais nous avons pensé qu'il ne fallait pas qu'on acquît la qualité de Français, malgré nous, malgré le pays. Si nous devons ouvrir la porte généreusement et libéralement, il ne faut pas qu'on puisse forcer cette porte malgré la volonté de la France, surtout quand cela pourrait profiter à des sujets qui ne seraient pas dignes de porter le nom de Français ».

Cette proposition, renvoyée à l'examen du conseil d'État sur la demande même de son auteur, attira bientôt l'attention de l'opinion publique. M. Batbie fut accusé, à tort ou à raison, de vouloir rendre plus difficile l'acquisition de qualité de Français, alors que la situation politique commandait des mesures inverses. Et de fait, le projet voté, le 26 juin 1889, a singulièrement modifié, dans un sens favorable à l'acquisition de la qualité de Français, le projet Batbie.

Nous voudrions esquisser dans ce travail une sorte de théorie générale de la condition des enfants mineurs au point de vue de la nationalité, en examinant leur situation, en France, dans la législation antérieure, dans les législations étrangères, et dans notre législation actuelle.

Dans un dernier chapitre, nous indiquerons l'influence des annexions de territoires sur leur nationalité.

Sans entrer dans l'exposé complet de la loi du 26 juin 1889, nous espérons néanmoins mettre en lumière les principaux mobiles qui ont guidé le législateur dans la confection de la nouvelle loi.

CHAPITRE PREMIER

INFLUENCE DES MODALITÉS DE LA NAISSANCE SUR LA NATIONALITÉ DES MINEURS.

Section I. — *Individus qui, à raison des modalités de leur naissance, avaient obtenu, avant la loi de 1889, un droit d'option en minorité.*

Parfois, les circonstances de la naissance sont telles que le législateur est très indécis sur la nationalité qu'il convient de donner à une personne.

Placé entre le désir d'accorder la nationalité française à ceux qui ne veulent point d'autre patrie que la nôtre, et la crainte de créer des nationaux malgré eux, le Code avait réservé à certaines personnes, à raison des modalités, des circonstances de leur naissance, un droit d'option pour une nationalité autre que la nationalité d'origine. Ce droit avait été accordé : 1° aux individus nés en France de parents étrangers, qui peut-être s'étaient attachés au pays sur le sol duquel ils étaient nés et avaient vécu (1) ; 2° aux individus nés en un lieu quelconque de parents étrangers mais antérieurement français, qui peut-être avaient conservé leurs sympathies à

(1) Art. 9 du Code : « Tout individu né en France d'un étranger, pourra, dans l'année qui suivra l'époque de sa majorité, réclamer la qualité de Français ; pourvu que, dans le cas où il résiderait en France, il déclare que son intention est d'y fixer son domicile, et que dans les cas où il résiderait en pays étranger, il fasse sa soumission de fixer en France son domicile, et qu'il l'y établisse dans l'année, à compter de l'acte de soumission ».

la patrie de leurs aïeux (1) ; 3° depuis la loi de 1851, aux individus nés en France de parents étrangers qui y étaient eux-mêmes nés ; en les déclarant Français d'origine à cause de l'attachement qu'il présumait être la conséquence d'un long séjour sur notre territoire le législateur de 1851 n'avait pas voulu leur retirer le bénéfice d'une option pour une nationalité étrangère (2).

L'exercice de ce droit d'option se plaçait à la majorité ; il était refusé au mineur, même avec le concours de ses représentants légaux. On partait de cette idée que le changement de statut n'est plus comme un acte de la vie civile qui comporte l'intervention d'un mandataire ou d'un représentant ; cet acte, qui touche au principe de la liberté individuelle, implique une volonté rigoureusement personnelle.

Cette règle que la nationalité du mineur est indélébile pendant tout le temps que dure sa minorité, posée implicitement en 1804, maintenue en 1851, lors du vote de la loi qui modifia les règles en vigueur sur la nationalité, resta intacte jusqu'en 1874. A cette époque, on entra dans la voie d'un système différent en faveur des étrangers nés en France d'étrangers qui y étaient eux-mêmes nés. C'est que la situation, pour eux, était singulière. La loi de 1851 les déclarait Français, à moins de manifestation de volonté contraire dans l'année qui suivait l'époque de leur majorité telle qu'elle était fixée

(1) Art. 10 § 2 : « Tout enfant né, en pays étranger, d'un Français qui aurait perdu la qualité de Français, pourra toujours recouvrer cette qualité en remplissant les formalités prescrites par l'article 9 ».

(2) Loi du 7 février 1851. Art. 1er : « Est Français tout individu né en France d'un étranger qui lui-même y est né, à moins que dans l'année qui suivra l'époque de sa majorité, telle qu'elle est fixée par la loi française, il ne réclame la qualité d'étranger par une déclaration faite, soit devant l'autorité municipale du lieu de sa résidence, soit devant les agents diplomatiques ou consulaires accrédités en France par le Gouvernement étranger ».

par la loi française devant l'autorité municipale du lieu de leur résidence, ou devant les agents diplomatiques ou consulaires accrédités en France. Comme tels, ils avaient, semble-t-il, le droit de jouir des prérogatives attachées à cette qualité, notamment d'entrer dans les Écoles du gouvernement, s'ils en avaient l'aptitude, et d'être admis dans nos armées, à titre d'engagés volontaires ou d'engagés conditionnels d'un an. Mais, d'un autre côté, ils n'étaient Français que sous condition résolutoire, que sous réserve de leur droit d'option pour une nationalité étrangère à leur majorité, et comment admettre dans les écoles du gouvernement et dans l'armée des individus qui, peu après, en sortiraient peut-être, par l'exercice de leur droit d'option, pour se servir ensuite contre nous de leurs connaissances acquises? Était-il possible, dans ces conditions, d'éliminer pour eux de vrais Français? N'y avait-il pas là un véritable danger national, en présence duquel l'intérêt de quelques-uns devait être sacrifié? On l'avait cru. Cette restriction allait à l'encontre du but que s'était proposé la loi de 1851. Elle avait déclaré Français provisoirement, non plus sous condition suspensive, mais sous condition résolutoire, ceux qui étaient nés en France de parents étrangers qui y étaient eux-mêmes nés, pour absorber dans la nationalité française une foule d'individus qui, établis à perpétuelle demeure sur notre territoire jouissaient presque des mêmes avantages que les Français et ne se réclamaient de la nationalité étrangère que lorsqu'il s'agissait d'échapper à certaines charges. Il est clair, qu'en refusant à ces Français sous condition résolutoire une partie des avantages de la qualité de Français, on les poussait à ne pas accepter la consolidation

de cette qualité sur leur tête à leur majorité, et à exercer leur droit d'option pour la nationalité étrangère. De là un système nouveau consacré par la loi de 1874. Nous y trouvons la première brèche à un principe, l'immutabilité de la nationalité durant la minorité, qui au moment où la loi de 1889 remplacera les diverses lois qui lui auront successivement porté atteinte, ne subsistera plus guère qu'à l'état de principe « honoraire ».

Désormais, porte la loi de 1874, les jeunes gens visés dans l'article 1er de la loi de 1851 entreront dans l'armée soit comme engagés volontaires, soit comme engagés conditionnels d'un an et dans nos écoles du gouvernement, à la condition d'opter en minorité, de renoncer au droit d'abdiquer la nationalité française à leur majorité. Mais comme cette abdication est chose grave, ils auront à justifier du consentement de leurs représentants légaux.

En 1879, cette faculté fut étendue aux enfants des Français naturalisés suisses, par une convention intervenue entre les deux pays. Cette convention avait été rendue nécessaire par la diversité des deux législations. En France la naturalisation était individuelle, en Suisse elle était collective, c'est-à-dire qu'elle s'étendait à toute la famille; il en résultait que si un Français se faisait naturaliser Suisse, ses enfants mineurs étaient Français en France et Suisses en Suisse ; chacune des deux nations les revendiquait pour le service militaire. Aux termes de cette convention, les enfants des Français naturalisés Suisses seront considérés comme Français provisoirement, jusqu'à leur option pour la Suisse; ils ne seront tenus à aucun service militaire avant l'expiration de leur vingt-deuxième année. Toutefois, et c'est là le point capital

pour nous, ils pourront, sur leur demande, remplir, avant leur majorité, les obligations militaires ou s'engager dans l'armée française, à la condition de renoncer à leur droit d'option pour la nationalité suisse avec le concours de leurs représentants légaux.

La loi de 1851, dans son article 2 (1), s'occupait des enfants des étrangers naturalisés français, mineurs au moment de la naturalisation de leur auteur, et leur accordait les mêmes facilités pour l'acquisition de la qualité de Français qu'aux individus nés en France d'étrangers, c'est-à-dire qu'elle leur réservait un droit d'option lors de la majorité. Dans la discussion de la loi de 1874, qui avait pour objet la modification que nous avons indiquée à l'article 1er de la loi de 1851, M. Méline demanda le bénéfice de cette même modification pour les mineurs de l'article 2. Si le fait de deux générations successives nées sur le sol français était une condition suffisante pour permettre aux mineurs de devenir définitivement Français par voie de renonciation à leur droit d'option, il semblait que la même faveur dût s'appliquer aux enfants mineurs des étrangers naturalisés français. La naturalisation du père, acte spontané et volontaire de sa part, n'indiquait-elle pas mieux la volonté de devenir français que le fait de la naissance en France, et si le père avait des sentiments de réel attachement pour la France, n'y avait-il pas lieu de supposer que son fils les partageait avec lui ? Ces considérations étaient puissantes, d'autant plus que la proposition Méline ne s'appliquait qu'aux mineurs nés en France ; la loi de 1851 avait

(1) Article 2 de la loi du 7 février 1851 :
« L'article 9 du Code civil est applicable aux enfants de l'étranger naturalisé, quoique nés en pays étranger, s'ils étaient mineurs lors de la naturalisation... ».

été une étape vers le retour à la détermination de la nationalité *jure soli*, qui avait été le système de l'ancien droit, M. Méline ne faisait qu'un pas de plus. Son but était, comme celui des promoteurs de la loi de 1874, d'augmenter le nombre des Français en accordant notre nationalité dès la minorité. Son amendement fut repoussé, et une proposition de M. Langlois, qui demandait que tout fils d'étranger naturalisé français pût réclamer la nationalité française à partir de dix-huit ans eut le même sort.

Ces deux propositions furent le germe de la loi de 1882, votée sur l'initiative de M. Batbie. Cette loi était beaucoup plus compréhensive que les propositions précédentes. Elle étendait le bénéfice de la loi de 1874 non seulement aux fils mineurs d'étrangers naturalisés français nés en France, mais encore à ceux qui étaient nés à l'étranger, et elle comprenait aussi dans ses dispositions de faveur: « les enfants mineurs d'un Français qui aurait perdu la qualité de Français par l'une des trois causes exprimées dans l'article 17 du Code civil, si le père recouvrait sa nationalité originaire conformément à l'article 18 ». Si donc nous imaginons un père ayant perdu sa qualité de Français par la naturalisation en pays étranger, par l'acceptation de fonctions publiques accordées par un gouvernement étranger, ou par un établissement à l'étranger sans esprit de retour, à la condition par lui de rentrer en France, de faire sa soumission d'y fixer son domicile et de renoncer à toute distinction contraire à la loi française, son fils mineur, né postérieurement à sa perte de la qualité de Français avait la faculté de devenir définitivement Français par voie de renoncia-

tion; il avait ainsi, en minorité, tous les avantages de cette qualité.

En 1883, sur la proposition de l'amiral Fourichon, la même faveur fut étendue « aux enfants mineurs nés en France d'une femme française mariée avec un étranger, lorsqu'elle recouvre la qualité de Française conformément à l'article 19 » et aux « mineurs, orphelins de père et de mère, nés en France d'une femme française, mariée avec un étranger ».

Signalons le soin pris par le législateur, en 1883, de limiter sa faveur aux enfants *nés en France*, alors qu'en 1882 il s'était montré moins restrictif, comme la preuve d'un manque complet d'unité de vue dans la confection de ces diverses lois. M. Grandperret, avait déjà fait ressortir l'inconséquence du législateur à la tribune du Sénat, et réclamé avec insistance pour les mineurs de l'article 9 (individus nés en France d'un étranger) les avantages concédés à des mineurs placés sous le régime de cet article, comme par exemple les fils mineurs d'étrangers naturalisés en France. Son argumentation était irrésistible, et M. Grandperret ne renonça à son amendement que pour ne pas retarder le vote de la loi de 1882 dans laquelle il voulait l'introduire, et sur cette observation qu'on préparait une loi sur la nationalité.

Notre législation sur la nationalité était donc de pièces et de morceaux, et chaque fois que les Chambres s'occupaient de la matière de la nationalité c'était pour battre en brèche le principe de 1804.

Les enfants qui se trouvaient dans les conditions prévues par les articles 9 et 10, § 2 n'avaient pas la faculté de disposer de leur statut en minorité. Y en avait-il quelque bonne raison? La vraie raison n'etait-elle pas l'in-

cohérence du législateur qui, au lieu d'adopter des règles d'ensemble, statuait sur des situations particulières, suivant les besoins du moment. Il convenait d'apporter plus d'harmonie dans notre législation en adoptant l'une ou l'autre des deux solutions suivantes : permettre à tous les mineurs, assistés de leurs représentants légaux, la disposition de leur nationalité, et écarter complètement le principe de 1804 comme mauvais, ou bien effacer toutes les exceptions, et s'en tenir rigoureusement au principe qu'au majeur seul appartient la disposition de sa nationalité. Il y eut débat lors des travaux préparatoires de la loi de 1889. L'opinion que le principe de 1804 devait être rétabli d'une manière absolue fut soutenue, mais on s'arrêta au système opposé.

Section II. — *Législations étrangères.*

§ 1er. — *Cas de l'ancien article* 9 *du Code.*

La législation française antérieure à 1889 refusait à l'individu né en France d'un étranger l'exercice de son droit d'option pour la France durant sa minorité.

Sur la même hypothèse les législations étrangères se répartissent en trois groupes : les unes s'attachent exclusivement pour la détermination de la nationalité au lieu de la filiation, les autres, à la naissance sur le sol ; enfin le 3e groupe combine ces deux principes.

Dans les premières, l'enfant né sur le sol est traité comme tout autre étranger. Il en est ainsi en Allemagne, en Autriche-Hongrie, en Suède et en Suisse : il n'y est donc pas question d'option à exercer en minorité.

Dans celles qui s'attachent au *jus soli* l'enfant naît de plein droit national du pays. C'est la règle en Angleterre, en Portugal et dans la plupart des États de l'Amérique.

L'Amérique latine, qui comprend de vastes territoires dont l'exploitation n'est pas possible sans un grand mouvement d'immigration, applique la règle rigoureusement. Il n'y a guère que le Mexique, les États de Costa Rica, et de Salvador qui reconnaissent la qualité d'étranger sous réserve d'un droit d'option en majorité, à l'enfant né d'un étranger sur leur territoire. Dans la République argentine, une loi de 1857 qui avait adopté le principe de l'option, a été abrogée et remplacée par la loi du 1er octobre 1869 ; au Chili, la Constitution de 1833, article 6 ; en Colombie l'article 31 de la Constitution tiennent l'enfant né sur leur territoire pour national du pays. Tout au plus est-il possible d'indiquer quelques adoucissements. Ainsi, dans la République de Guatémala l'enfant né de parents étrangers perd la nationalité qu'il avait acquise *jure soli* en rentrant sans esprit de retour dans le pays de ses parents ; au Brésil, le gouvernement guidé par un sentiment de pure bienveillance, omet volontairement sur les listes de recrutement les enfants nés de Français. Il y a là une source constante de conflits internationaux. Un moyen pratique de les éviter est celui qu'emploie l'Angleterre, et qui consiste à protéger celui qu'elle considère comme son sujet partout ailleurs que dans le pays auquel il se rattache *jure sanguinis*.

Aux États-Unis, la jurisprudence n'est pas bien assise. Les uns soutiennent que la règle est celle du *jus soli*, d'autres, et cette opinion est soutenue par un conseiller à la cour de Washington, prétendent que le *jus sanguinis* est l'unique règle suivie maintenant. D'après l'auteur que

nous citons (1) l'enfant né aux États-Unis d'un étranger est étranger ; le seul avantage que lui confère la naissance sur le sol américain est, comme chez nous sous l'empire de l'ancien article 9, d'ouvrir à son profit un droit d'option lors de sa majorité, option qui peut se manifester tacitement, en faisant acte de citoyen, par exemple. La réciproque serait admise par le gouvernement des États-Unis, c'est-à-dire que tout enfant né à l'étranger d'un citoyen des États aurait la nationalité de son père, mais qu'aux yeux de la loi américaine ellemême il pourrait opter à sa majorité en faveur du pays où il est né. Cette remarque n'est pas sans intérêt si l'on songe que la plupart des conflits entre la France et la Belgique, qui avaient sur ce point une législation identique, venaient de ce que l'une et l'autre refusaient l'application de la réciprocité.

Les États qui appliquent un système mixte sont la Belgique, article 9 du Code ; l'Espagne, article 1er de la Constitution du 30 juin 1876 complété par le décret du 17 novembre 1852 ; la Grèce, article 17 et 19 du Code ; l'Italie, article 8 du Code, le duché de Luxembourg, article 2 § 1 de la loi du 28 janvier 1878 ; la principauté de Monaco, les Pays-Bas, article 12 de l'ukase du 6 mars 1864 ; la Turquie, article 2 de la loi du 19 janvier 1869 et enfin la Bulgarie.

Dans tous ces pays, et c'est la conclusion que nous voulons tirer de cet exposé, l'option qui est accordée à l'individu né d'un étranger sur leur territoire ne peut s'exercer qu'après la majorité. On y applique donc la même règle que chez nous sous l'empire du Code civil.

(1) J. D. P. 1887, page 82.

§ 2. — *Cas de l'article 1er de la loi de 1851. — Individu né sur un territoire d'un étranger qui y est lui-même né.*

La disposition spéciale de notre loi en faveur des enfants nés en France d'étrangers, qui y sont eux-mêmes nés, qu'elle déclare Français sous condition résolutoire a son pendant, avec des différences de détail, dans certaines des législations sus-indiquées. L'idée y est la même que chez nous : on veut empêcher des familles de s'établir à perpétuelle demeure dans un pays dont elles auront les avantages, sans supporter les charges communes à tous les citoyens, couper court à ce qu'on a appelé le « vagabondage international ».

Dans la principauté de Monaco, les enfants de la 3e génération nés sur le sol monegasque sont de plein droit sujets du Prince.

Dans le duché de Luxembourg, aux termes de la loi du 27 janvier 1878, est luxembourgeois tout individu ayant son domicile dans le duché et né dans le pays d'un étranger qui est né lui-même et y a résidé jusqu'à la naissance de l'enfant, à moins qu'il ne réclame à sa majorité la qualité d'étranger ; c'est le système de la loi de 1851 complétée par des conditions de domicile et de résidence.

La loi italienne remplace la condition d'une double naissance sur le sol italien par l'exigence que le père aura eu, pendant dix ans, son domicile en Italie et que l'enfant y sera né. Celui-ci naît alors italien sous la réserve d'un droit d'option pour la nationalité étrangère à sa majorité (art. 8 et 5, C. civ.).

La loi néerlandaise à une règle analogue. Est de plein droit sujet néerlandais celui qui est né sur le territoire

des Pays-Bas de parents qui y sont établis; la résidence se détermine par un établissement d'une durée de trois ans.

Dans toutes ces hypothèses nous ne trouvons rien de semblable à la faculté accordée au mineur par la loi de 1874 ; toutes les fois qu'il y a concession d'un droit d'option, il est stipulé qu'il sera exercé après la majorité.

§ 3. — *Cas de l'ancien article* 10, § 2 *du Code civil. — Individus nés en un lieu quelconque de parents qui ont changé leur nationalité avant la naissance de leurs enfants.*

Nous avons vu que notre Code avait une disposition particulière pour les individus nés en un lieu quelconque de parents étrangers antérieurement français. Nous avons dit qu'il leur facilitait l'acquisition de la nationalité française, mais que les formalités très simples qu'il exigeait ne pouvaient être remplies qu'après la majorité.

Parmi les législations étrangères nous ne connaissons que la Belgique, la Confédération argentine, la Grèce, l'Italie, et la Principauté de Monaco qui aient des dispositions spéciales sur ce point.

La Belgique a les mêmes règles que la France, mais la jurisprudence de ses tribunaux les applique plus restrictivement que celle des nôtres. Elle refuse l'application de l'article 10, § 2 à l'enfant né hors du territoire de la Belgique d'une ex-Belge, qui a perdu sa nationalité par son mariage avec un étranger (1), tandis que dans la même espèce nos tribunaux ont appliqué cet article.

Dans la Confédération argentine, l'article 4 de la loi du 1er octobre 1869 dispose « que l'enfant né d'un citoyen

(1) Cour de cassation belge, 24 février 1874.

naturalisé en pays étranger pourra, après la naturalisation de son père, obtenir des lettres de naturalisation en s'enrôlant dans la garde nationale, à l'âge prescrit par la loi ».

En Grèce, articles 4 et 17 du Code, l'enfant deviendra national du pays à trois conditions : 1° en manifester la volonté dans l'année qui suivra l'époque de sa majorité; 2° s'établir effectivement en Grèce ; 3° prêter le serment de sujet hellène.

En Italie la loi distingue suivant que les enfants de l'ex-italien qui a perdu sa qualité avant leur naissance sont nés en Italie ou à l'étranger ; dans le 1 cas, article 5, l'enfant naît italien sous réserve d'une faculté d'option pour la nationalité étrangère dans l'année qui suivra sa majorité telle qu'elle est fixée par les lois du royaume. Cet enfant est donc assimilé à celui qui est né en Italie de parents qui y ont fixé leur domicile depuis dix ans sans interruption ; dans le 2e cas, l'enfant né d'un ancien Italien est étranger sous la condition résolutoire de l'exercice de son droit d'option pour la nationalité italienne après sa majorité. S'il a accepté un emploi public, s'il a servi ou sert dans l'armée italienne, ou a satisfait à la levée militaire sans opposer son extranéité, il sera de plein droit réputé citoyen italien : ces actes sont considérés comme un consentement tacite. C'est la même règle que nous trouvons dans la loi mexicaine (art. 1er, III et IV de la loi du 28 mai 1886) pour les enfants nés en dehors de la République d'un père qui a perdu sa nationalité mexicaine.

Dans la Principauté de Monaco, on applique les mêmes dispositions que dans notre Code civil.

Dans les autres législations, les lois sont muettes à

cet égard ; il en résulte que le fils d'un ancien citoyen y est soumis aux formalités de la naturalisation proprement dite, absolument comme un étranger ordinaire.

On voit, par cet exposé, que dans les trois cas que nous avons successivement examinés les législations étrangères appliquaient rigoureusement le principe de l'immutabilité de la nationalité durant la minorité.

Section III. — *Législation actuelle (loi du 26 juin 1889). — Des mineurs qui, dans la législation actuelle, ont un droit d'option, à raison des modalités de leur naissance.*

La loi du 26 juin 1889 attribue, comme la législation antérieure, une importance considérable au fait de la naissance sur le sol français, et au fait qu'un individu est né d'un ex-Français.

En ce qui concerne la naissance sur le territoire de la France, elle distingue trois catégories d'individus :

1° Ceux qui sont nés en France de parents étrangers, et qui ne se rattachent à notre pays ni par le domicile, ni par l'origine ;

2° Ceux qui sont nés en France de parents étrangers, et qui à l'époque de leur majorité sont domiciliés en France ;

3° Ceux qui sont nés en France de parents étrangers qui y sont eux-mêmes nés.

§ 1. — *Cas de l'article* 9. — *Mineur né en France d'un étranger.*

C'est au mineur né en France d'un étranger que s'applique le nouvel article 9, ainsi conçu : « Tout individu né en France d'un étranger, et qui n'y est pas domicilié à l'époque de sa majorité, pourra, jusqu'à l'âge de vingt-

deux ans accomplis, faire sa soumission de fixer en France son domicile, et s'il l'y établit, dans l'année à compter de l'acte de soumission, réclamer la qualité de Français par une déclaration qui sera enregistrée au ministère de la justice. S'il est âgé de moins de vingt et un ans accomplis, la déclaration sera faite en son nom par son père, en cas de décès par sa mère, en cas de décès du père et de la mère ou de l'exclusion de la tutelle, ou dans les cas prévus par les articles 141, 142, 143 par le tuteur autorisé par délibération du conseil de famille. Il devient également français si, ayant été porté sur les tableaux de recensement, il prend part aux opérations de recrutement sans opposer son extranéité ».

L'idée capitale qui se dégage pour nous de ce texte c'est que désormais, et à l'inverse de la règle de la législation antérieure, le mineur de vingt et un ans, remplissant les conditions indiquées par l'article, a un droit d'option pour la nationalité française.

Mais quel est exactement le mineur dont il s'agit? Comme dans l'ancien article 9, l'enfant doit être « né en France d'un étranger... ». La simple conception en France ne suffirait pas : le motif qui a dicté la faveur du législateur est l'attachement que tout homme a pour le sol sur lequel il a vu le jour. Tant donc que l'enfant n'a pas vécu d'une vie propre nous sommes en dehors de la sphère d'application de l'article 9; il n'y a pas lieu à l'application de la maxime *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur* (1). Le mot « France » doit être entendu *lato sensu*. Il comprend, aux termes de l'article 2 de la loi de 1889, certaines colonies, l'Algérie, la Guadeloupe, la

(1) En ce sens, Aubry et Rau, page 70, note 2.

Martinique et la Réunion. Un navire français en pleine mer serait considéré comme le territoire de la France. Il en serait différemment de l'hôtel d'une Ambassade ; la fiction d'exterritorialité n'a été reconnue dans le droit des gens que pour la sûreté de l'Ambassadeur et de ses Archives. Nous n'admettrions pas non plus, contrairement à une circulaire du Garde des Sceaux au Préfet de la Gironde, à bénéficier de l'article 9 l'individu né sur un territoire ultérieurement cédé à la France : la prétendue règle de droit des gens que l'État cessionnaire serait censé avoir toujours été propriétaire du territoire cédé nous paraît purement imaginaire.

Pour apprécier la qualité de l'auteur de l'enfant il faut se placer au moment de la naissance. Peu importe qu'il ait été Français lors de la conception ou dans l'intervalle qui sépare la conception de la naissance ; l'enfant n'en serait pas moins né d'un étranger (1). Si le père était sans nationalité nous croyons que l'article serait inapplicable : on traiterait l'enfant comme un Français d'origine, absolument comme s'il était né d'un père inconnu.

Lorsque ces conditions seront réunies, l'enfant aura l'exercice de son droit d'option en minorité. C'est en cela que consiste la différence capitale entre l'ancienne et la nouvelle loi. Et nous pensons qu'il aura cette faculté nonobstant un arrêté d'expulsion pris contre lui (2).

Son droit subsistera « jusqu'à l'âge de vingt-deux ans accomplis ». Ces termes écartent désormais les discussions très graves qui s'étaient élevées, sous l'empire du Code, sur le point de savoir à quelle époque ce droit était

(1) Sirey, 1888, 4, 25.
(2) *Sic*, Cour de Lyon, 10 nov. 1890.

accordé. « Dans l'année qui suivait l'époque de sa majorité » disait l'ancien article 9, mais s'agissait-il de la majorité telle qu'elle était déterminée par la loi française, ou telle qu'elle était déterminée par la loi étrangère ?

On discutait aussi très vivement sur la rétroactivité ou la non-rétroactivité du changement de nationalité ; la jurisprudence s'était prononcée pour la rétroactivité ; la conséquence était une incertitude regrettable dans l'état du mineur. Avec la nouvelle loi, la doctrine inverse a été consacrée : aux termes du nouvel article 20 du Code civil « les individus qui acquerront la qualité de Français dans les cas prévus par les articles 9, 10, 18 et 19, ne pourront s'en prévaloir que pour les droits ouverts à leur profit depuis cette époque ».

Ce droit d'option, qui appartient au mineur à un moment quelconque de l'intervalle de temps qui sépare la naissance de l'enfant de sa vingt-deuxième année, n'est pas seulement l'extension à l'individu né en France de la faveur accordée à d'autres catégories de personnes par les lois de 1874, de 1882, et de 1883 ; la réforme a une portée plus large. Ces textes permettaient l'option dans trois cas limitativement déterminés : admission aux écoles du gouvernement, engagement volontaire et engagement conditionnel d'un an. La loi actuelle accorde le bénéfice de l'option pour quelque motif que ce soit, et non pas dans telle ou telle circonstance.

Cette option pourra être expresse ou tacite ; dans le 1er cas, elle résultera d'un transfert de domicile en France accompagné d'une double déclaration, la première antérieure au transfert et contenant soumission de se fixer en France, la seconde postérieure, et contenant réclamation de la qualité de Français ; dans le 2e cas, elle

résultera de certains actes qui impliquent l'existence de sentiments vraiment français.

Mais, dans l'hypothèse d'une option expresse, devant qui, et par qui exactement sera faite la déclaration? La législation antérieure n'indiquait pas la personne qui recevrait la déclaration. En principe, on admettait la compétence de l'officier de l'état civil du lieu où l'intéressé résidait, le maire en France, le consul à l'étranger. Ainsi dans sa circulaire du 1er avril 1872 relative aux originaires d'Alsace-Lorraine, le Garde des Sceaux décide que ce sera, en Alsace-Lorraine, devant l'officier de l'état civil allemand, en France devant celui de la résidence. Dans la loi actuelle, l'article 6 porte « qu'un décret d'administration publique déterminera les formalités à remplir et les justifications à faire relativement à la naturalisation ordinaire et à la naturalisation de faveur, dans les cas prévus par les articles 9 et 10 du Code civil ». Or, ce décret intervenu à la date du 13 août 1889 dispose que la déclaration sera reçue par le juge de paix qui la transmettra à la chancellerie. Ce changement a été fait pour éviter les abus nés auparavant de l'inexpérience des maires, qui souvent ne conservaient pas les originaux des déclarations, ou s'ils les gardaient les égaraient, de sorte que beaucoup d'individus en possession d'état de la qualité de Français l'invoquaient ou la contestaient au gré de leur intérêt présent.

La déclaration n'est plus, comme en 1874, le fait de l'intéressé lui-même, assisté de son père, de sa mère, ou en cas de décès de ceux-ci, du conseil de famille. Le nouvel article donne la parole aux parents eux-mêmes. « S'il est âgé de moins de vingt-et-un ans, la déclaration sera faite en son nom par son père, en cas de décès par sa

mère, en cas de décès du père et de la mère, par le tuteur autorisé par délibération du conseil de famille ». Cette disposition, contraire au texte sorti des délibérations du conseil d'État et de la commission sénatoriale qui laissait la déclaration aux intéressés n'est-elle pas critiquable? Comment admettre que d'autres personnes que l'intéressé aient le droit de statuer sur une matière aussi grave que la nationalité? Le mineur va maintenant acquérir une nationalité nouvelle sans en avoir personnellement exprimé la volonté. Nous répondrons ceci : la disposition actuelle est plus large que l'ancienne ; la déclaration est susceptible d'être faite par un enfant de quatre ou cinq ans, en pareil cas, la représentation est indispensable ; il aurait fallu distinguer entre le mineur au-dessus et au-dessous de l'âge de seize ans, par exemple, la représentation proprement dite ne s'exerçant que dans ce dernier cas. Pratiquement, lorsqu'il s'agira d'entrer dans les écoles ou de contracter un engagement, on exigera certainement la déclaration du jeune homme intéressé lui-même. Il n'y aura d'ailleurs rien d'irréparable; si un enfant regrette l'option faite en son nom, il reviendra, après sa majorité, à sa nationalité primitive.

On a aussi reproché à cet article 9, qui a en vue un acte intéressant une famille étrangère, de la traiter comme si elle était française quant aux conditions et aux formalités à remplir pour l'acquisition de la nationalité française. Ce sera le père, la mère, le tuteur autorisé par délibération du conseil de famille qui agiront; on oublie que la famille a un statut étranger; peut-être de tels actes ne sont-ils pas, d'après la loi étrangère, susceptibles d'être accomplis par la personne désignée;

il peut ne pas y avoir de conseil de famille ou exister à la place un tribunal pour statuer sur le cas. En reconnaissant l'exactitude de ces reproches il convient de remarquer que le législateur de 1889 ne s'est aucunement préoccupé des législations étrangères et des conflits possibles ; il s'est dit : cette famille étrangère va faire un acte intéressant la France, traitons-là comme si elle était française. Dans la pratique, nous ne croyons pas qu'il naîtra des difficultés de ce chef. S'agira-t-il, par exemple, d'un enfant actuellement orphelin né en France d'un étranger, si d'après son statut personnel l'autorisation à donner est de la compétence d'un tribunal, ou d'un tuteur mais que l'organisation du conseil de famille n'existe pas dans son pays, on le traitera comme un Français, c'est-à-dire qu'on lui nommera un tuteur et un conseil de famille, conformément à la loi francaise.

L'enfant pour qui on a rempli les formalités nécessaires a droit à la nationalité française ; il la « réclame » dit l'article 9, ce qui ne comporte pas un droit de refus de la part du gouvernement. Nous aurions préféré un système qui eût permis au gouvernement d'écarter un indigne ; nous aurions eu alors une sorte de naturalisation privilégiée à côté de la naturalisation ordinaire. C'était le projet du conseil d'État ; il avait été adopté au Sénat en première lecture, plus tard il fut écarté sur l'observation que le formalisme décourage et que le droit de sceau aurait été une entrave pour beaucoup de personnes désireuses de devenir françaises. Mais, le droit de sceau pouvait être supprimé, et il n'apparaît pas qu'il y ait une bien grande différence, quant à l'effort que cela demande, entre réclamer ou solliciter la nationalité française.

Le mode d'acquisition de la nationalité française par voie d'option tacite consiste dans le fait d'avoir été porté sur les tableaux de recensement et d'avoir pris part aux opérations du recrutement sans opposer son extranéité. Sous le régime du Code, une déclaration d'option était nécessaire dans l'année de la majorité ; à l'expiration de ce délai, c'était trop tard. Il se trouvait ainsi que beaucoup d'individus qui avaient été inscrits sur les listes de recrutement, bien que n'étant pas Français, et qui avaient servi dans l'armée se voyaient contester la qualité de Français à un moment donné. Le cas s'est présenté notamment pour des personnes dont on a attaqué les élections au conseil municipal ou au conseil d'arrondissement. C'était un résultat choquant. N'étaient-ils pas doublement français ceux qui avaient supporté la lourde et noble charge du service militaire? La loi de 1849 était intervenue pour ouvrir les portes de la patrie française à ceux qui avaient été victimes de cette erreur en leur accordant le bénéfice de la déclaration exigée par l'article 9 à quelque époque que ce soit après leur majorité : pour eux, il n'y avait plus de délai fatal. La loi de 1889 est allée plus loin. Il arrive souvent que des jeunes gens nés en France d'un étranger sont portés sur les tableaux de recensement des conscrits de leur âge, bien que d'après la loi ils ne doivent y être inscrits que dans l'année de leur majorité. Alors, par le seul fait d'avoir pris part aux opérations du recrutement, eussent-ils eu un numéro ne les obligeant qu'à une année de service militaire, ils seront de plein droit considérés comme Français ; *à fortiori* en sera-t-il de même quand ils auront donné plusieurs années de service effectif. La loi ne détermine pas l'époque à laquelle ils acquerront la qua-

lité de Français ; on ne saurait admettre que ce soit avant ou après le moment de leur entrée au service militaire : nous déciderons donc qu'ils le deviendront le jour même de l'appel sous les drapeaux.

Telle est la législation actuelle en ce qui concerne l'enfant mineur né en France d'un étranger.

§ 2. — *Cas de l'article* 8, § 4. — *Mineur né en France d'un étranger et qui est domicilié en France à l'époque de sa majorité.*

La loi du 26 juin 1889 a créé une nouvelle catégorie, celle de l'individu né en France d'un étranger et qui, à l'époque de sa majorité est domicilié en France. Aux termes de l'article 8, § 4, il est Français « à moins que dans l'année qui suit sa majorité telle qu'elle est réglée par la loi française, il n'ait décliné la qualité de Français et prouvé qu'il a conservé la nationalité de ses parents par une attestation en dûe forme de son gouvernement, laquelle demeurera annexée à la déclaration, et qu'il n'ait en outre produit, s'il y a lieu, un certificat constatant qu'il a répondu à l'appel sous les drapeaux conformément à la loi militaire de son pays, sauf les exceptions prévues aux traités ».

C'est, on le voit, non plus un étranger à qui on facilite l'acquisition de la qualité de Français, mais un Français de plein droit, sauf à lui à revendiquer la nationalité étrangère, en fournissant les justifications indiquées. La loi suppose qu'il a habité suffisamment la France pour s'y être attaché. « La France est son pays natal, disait le rapporteur de la loi au Sénat, il y a été élevé, il ne connaît point d'autre patrie. Pourquoi dès lors ne

serait-il pas considéré comme un Français d'adoption »? Remarquons que la présomption du législateur se trouvera en défaut lorsqu'il s'agira d'un enfant né en France d'un étranger, et qui sera venu fixer en France son domicile peu de temps avant sa majorité. Quoiqu'il en soit, pendant tout le temps que durera sa minorité, comme on ne saura qu'à l'époque de la majorité s'il remplit la condition de domicile, cet enfant sera traité comme le mineur de l'article 9 : il aura un droit d'option pour la France dans les mêmes conditions. Ainsi notamment l'option résulterait pour lui du fait de s'être laissé enrôler à vingt ans dans l'armée française sans protestation ou d'avoir contracté un engagement volontaire. Elle serait définitive, et, à supposer qu'il fut domicilié en France à l'époque de sa majorité, il ne saurait élever la prétention d'exercer son option pour la nationalité étrangère dans les termes de l'article 8, § 4. Si le mineur n'a pas opté soit expressément, soit tacitement pour la nationalité française, le fait du domicile en France lors de la majorité en fera un Français sous condition résolutoire. Est-ce à dire qu'à l'expiration de sa vingt-deuxième année il sera considéré comme Français rétroactivement au jour de sa naissance? Nous ne le pensons pas. En sens contraire on invoque il est vrai l'article 20 qui énumère les individus dont l'option opère *ex nunc* : ce sont ceux qui acquièrent la qualité de Français dans les cas prévus par les articles 9, 10, 18 et 19. Nous croyons trouver au contraire dans cette énumération la preuve que la loi a entendu adopter comme système général que l'option n'opère jamais rétroactivement.

L'option faite dans l'année qui suit la majorité est entourée de formalités qui sont une garantie de sincérité.

Il faut : 1° une déclaration devant le juge de paix ; 2° la preuve qu'on a conservé la nationalité étrangère par une attestation en due forme du gouvernement étranger, laquelle doit demeurer annexée à la déclaration. La production de ce certificat sera impossible s'il n'y a pas d'autorité à l'étranger pour le délivrer. De ce fait, si des accords n'intervenaient pas entre la France et les gouvernements étrangers, nous aurions des Français malgré eux. L'exigence de ce certificat aura l'avantage de forcer un individu à assumer la charge d'une nationalité déterminée au lieu de se créer une situation privilégiée sur les nationaux du pays qu'il habite. Il faut aussi, « s'il y a lieu, un certificat constatant qu'il a répondu à l'appel sous les drapeaux, conformément à la loi militaire de son pays ». Le législateur manifeste ainsi son intention d'imposer à tous ceux qui se réclament d'une nationalité l'obligation d'en supporter les charges militaires comme nous les supportons en France.

Il y a là toute une série de précautions prises par le législateur pour assurer l'égalité devant les charges et augmenter la population de nationalité française.

§ 3. — *Cas de l'article* 8, § 3. — *Mineur né en France d'un étranger qui y est lui-même né.*

L'individu né en France d'un étranger qui y est lui-même né, dont il avait été question dans les lois de 1851 et de 1874, est maintenant Français d'une façon définitive. L'article 8, § 3 le dit expressément. Est Français « tout individu né en France d'un étranger qui lui-même y est né ». Il n'est plus question pour lui d'option pour la nationalité française, ni en minorité, ni en majorité ;

la nouvelle loi accorde ici une influence aussi grande au *jus soli* qu'au *jus sanguinis*. Et la Cour de Paris, dans un récent arrêt du 2 juin 1891, a même donné à l'article 8, § 3 une très grande portée d'application en décidant que le mot *étranger* s'entendait aussi bien de la mère que du père. Pour elle, est Français l'individu né en France d'une mère qui y est née elle-même, mais d'un père né à l'étranger. Cette jurisprudence a une importance considérable, car ni le ministre de l'intérieur, pour ses arrêtés d'expulsion, ni le ministre de la guerre pour la formation du contingent, ni le Garde des Sceaux pour l'examen des demandes de naturalisation, n'avaient jusqu'alors examiné les conditions de la naissance du côté de la mère.

Du fait d'une double naissance en France le législateur de 1889 induit un long séjour sur notre territoire, et de ce long séjour, il conclut à l'existence de sentiments français. « N'est-il pas évident, disait le rapporteur de la loi, M. Delsol, que l'individu qui est né en France d'un individu qui lui-même y est né, est un Français au point de vue de l'esprit, des tendances, des habitudes, des mœurs, et qu'on a le droit de lui supposer un véritable attachement pour le pays où *son père* et lui-même sont nés, où il a été élevé, où il a ses intérêts, ses relations, ses amitiés. Est-ce qu'il continuerait depuis si longtemps à résider en France s'il ne ressentait pas tout cela à un haut degré ».

Ces paroles du rapporteur appellent deux observations :

1° Ces mots « pour le pays où son *père* et lui-même sont nés » semblent bien indiquer que, dans la pensée du rapporteur, la filiation ne doit être examinée que du

côté du père, par conséquent l'interprétation de la Cour de Paris serait inexacte.

2° Le fait de la double naissance sur notre territoire sera peut-être le résultat d'un concours accidentel de circonstances, sans qu'il y ait eu véritablement séjour prolongé, et alors les explications de M. Delsol ne porteront pas, et le principe du *jus soli* se trouvera en défaut. En lui-même, il n'est rien s'il n'a pas pour complément un séjour plus ou moins long sur notre territoire. Les législations étrangères l'ont bien compris, et pour toutes celles qui ne s'en tiennent pas à la détermination de la nationalité *jure sanguinis*, des conditions de résidence sont impérieusement exigées pour l'attribution de quelque influence au sol.

L'œuvre législative de 1889 sur ces divers points se résume donc ainsi : le principe de la détermination de la nationalité *jure soli* abandonné depuis le commencement du siècle reprend son empire, et dans les cas où il ne paraît pas accompagné de conditions suffisantes pour attribuer à l'enfant la nationalité française d'origine, on réserve toujours à celui-ci la faculté d'opter en minorité avec l'assistance de ses représentants légaux.

Que penser de cette réforme ? Historiquement, le retour au *jus soli* constitue incontestablement un mouvement de recul. Nous revenons au système du moyen âge, du temps où l'homme était considéré comme une dépendance du sol, en abandonnant les principes déjà consacrés à Rome et en Grèce. Nous adoptons ainsi des règles étrangères à presque toutes les législations européennes excepté le Portugal, et l'Angleterre qui n'ose même pas s'en réclamer dans ses rapports avec les autres nations. Et certes les arguments ne manquent pas contre cette

thèse : si nous acquerrons un certain nombre de sujets d'origine étrangère n'en perdrons-nous pas des nôtres établis hors de France, à qui on appliquera la loi de réciprocité? Ne marchons-nous pas vers des conflits incessants avec les autres pays en créant une foule d'individus à double nationalité ? A une époque où les rapports commerciaux entre les peuples sont constants, où l'homme voyage de plus en plus, le fait de la naissance sur tel ou tel point du globe ne sera-t-il pas de plus en plus souvent le résultat du hasard ? Chaque nation par l'intermédiaire de ses consuls et de ses agents diplomatiques ne maintient-elle pas un lien de plus en plus solide entre ses nationaux et la mère-patrie ? N'allons-nous pas créer des nationaux malgré eux ? Et enfin, philosophiquement, le vrai critérium de la nationalité n'est-il pas uniquement la filiation ?

Malgré tout, nous applaudissons à la réforme. L'histoire se compose ainsi d'actions et de réactions ; pas plus que l'examen des législations étrangères elle n'est ici un argument décisif ; à telle époque, à tel peuple conviennent des institutions différentes, suivant l'état social ; à l'époque de la rédaction du Code nous n'étions pas, comme maintenant, entourés d'agglomérations puissantes et redoutables, l'étranger ne nous envahissait pas à ce point que dans certains départements frontières la population étrangère se chiffre par des centaines de mille. Enfin, le problème de la population ne se posait pas dans notre pays avec le caractère inquiétant qu'il a actuellement : de toutes parts, à l'Académie de médecine, dans le parlement, dans la presse, dans le public on constate que la France « s'en va » tandis que le phénomène inverse se produit dans les autres pays, notam-

ment en Allemagne. Notre législateur a envisagé l'intérêt de la France, son unique intérêt ; comme Napoléon, il a voulu des hommes non pour les faire tuer, mais pour nous protéger et travailler au développement de la richesse nationale. Il a d'ailleurs obéi à un mouvement d'opinion publique et à un besoin de réformes déjà anciens. En 1831, lors de la discussion de la loi sur le recrutement, on avait demandé un retour partiel au *jus soli* ; en 1849, on propose de déclarer Français sous condition résolutoire tout individu né en France, et c'est la thèse que reprend un éminent jurisconsulte, M. Laurent ; en 1851, le flot des étrangers allant croissant, l'avantage qu'ils ont dans nos manufactures sur les ouvriers français parce qu'ils échappent à tout service militaire devenant de plus en plus criant, M. Benoit Champy propose que tout individu qui réunit la double condition d'être né en France d'un étranger qui lui-même y est né, et de résider sur notre territoire, soit Français de plein droit, et ce n'est que sur l'intervention du ministre des Affaires étrangères qu'on se contente du texte, qui est devenu la loi de 1851, réservant une faculté d'option. En 1872, c'est une autre proposition de M. des Rotours demandant que tout individu né en France soit considéré comme Français ; enfin une nouvelle proposition est déposée au Sénat : elle devient la loi du 26 juin 1889.

La faculté accordée aux enfants mineurs de disposer de leur nationalité nous paraît une règle excellente parce qu'elle répond à des besoins incontestables : la preuve en est que, par des lois successives, le législateur avait été obligé d'abandonner le principe ancien que nul ne peut disposer de sa nationalité en minorité. Nous aurons

désormais l'harmonie au lieu de la confusion née de lois s'inspirant d'idées différentes, et l'enfant qui aura vécu au milieu de nous, qui aura été élevé dans nos établissements scolaires ne se trouvera plus privé de l'avantage accordé aux autres Français d'entrer dans les écoles : il aura toutes les prérogatives de la qualité de Français dès son plus jeune âge. D'ailleurs cette faculté accordée au mineur n'est pas dans notre histoire une nouveauté : la loi de 1790 relative aux descendants des victimes de la révocation de l'Édit de Nantes la reconnaissait déjà dans son article 2 ; elle a été consacrée aussi dans le traité de Francfort au profit des Alsaciens-Lorrains. C'est du moins l'interprétation de notre gouvernement.

§ 4. — *Cas de l'article* 10. — *Mineur né d'un ex-Français.*

Nous avons vu comment était traité sous le régime du Code l'individu né d'un ex-Français. Le texte qui le concernait, l'article 10, § 2 était ainsi conçu : « Tout enfant né en pays étranger d'un Français qui aurait perdu la qualité de Français pourra toujours recouvrer cette qualité en remplissant les formalités prescrites par l'article 9 ». Nous avons décidé que ces formalités de l'article 9 ne pouvaient pas être remplies durant la minorité.

La loi de 1889 contient également une disposition de faveur pour l'individu né d'un ex-Français. L'article 10 qui le concerne est ainsi conçu : « Tout individu né en France ou à l'étranger, de parents dont l'un a perdu la qualité de Français, pourra réclamer cette qualité à tout âge, aux conditions fixées par l'article 9, à moins que

domicilié en France et appelé sous les drapeaux, lors de sa majorité, il n'ait revendiqué la qualité d'étranger ».

L'individu dont il s'agit ne sera pas obligé d'attendre sa majorité pour opter en faveur de la France ; il aura cette faculté « à tout âge », en minorité comme au-delà de sa vingt-deuxième année ; c'est ce qui résulte des termes mêmes de l'article 10 et du renvoi à l'article 9. A la vérité, on avait déjà soutenu avec le texte ancien, en argumentant du mot « toujours » que la loi lui avait reconnu ce droit en minorité, mais cette opinion avait été écartée et le mot « toujours » ne s'entendait qu'en ce sens que durant sa majorité un délai fatal ne lui était pas imposé pour l'exercice de son droit d'option. Une restriction à l'exercice de ce droit d'option résulte de la fin du texte de l'article 10 « à moins que domicilié en France et appelé sous les drapeaux lors de sa majorité il n'ait revendiqué la qualité d'étranger ». Il ne saurait être question dans notre cas que de l'individu né à l'étranger d'un ex-Français, car s'il était né en France et y domicilié à l'époque de sa majorité nous serions, aux termes de l'article 8, § 4, en présence d'un Français sous condition résolutoire.

Mais comment expliquer que cet individu né à l'étranger d'un ex-Français puisse être porté sur les listes de recrutement alors que la loi du 15 juillet 1889 ne prévoit pas son inscription sur les tableaux de recensement ? Nous ne voyons qu'un moyen, c'est de se placer dans l'hypothèse où cet individu aurait été porté sur les tableaux de recensement par erreur.

Quelle est maintenant exactement la portée d'application de l'article 10 ?

La rédaction nouvelle tranche des points qui avaient

donné lieu à débat sous l'ancien texte : 1° la règle devait-elle s'appliquer à l'enfant né en France en présence d'un texte qui portait « l'enfant né en pays étranger » ? On avait généralement conclu par un *à fortiori* que oui. La controverse n'est plus possible « né en France ou à l'étranger » dit la loi actuelle ; 2° l'enfant né d'une mère qui avait perdu sa qualité de Française par son mariage avec un étranger rentrait-il dans la sphère d'application de l'article 10, § 2 ? Le doute était sérieux : si d'une part le motif de la disposition de faveur de l'article 10, § 2, le sang français de l'enfant, semblait imposer l'affirmative, d'un autre côté on soutenait que la filiation légitime ne s'envisage que dans les rapports du fils avec son père, que l'enfant devait donc être né d'un ci-devant Français, et la jurisprudence paraissait fixée en ce sens (1). Avec le nouveau texte la solution opposée résulte des mots « de parents dont l'un a perdu la qualité de Français ». Qu'importe en effet que l'enfant soit de sang français par son père ou par sa mère ? Bien entendu, et *à fortiori*, l'article s'appliquerait si les deux parents étaient d'origine française. L'honorable rapporteur de la loi au Sénat s'en est expliqué ainsi : « Si l'article ne prévoit que l'hypothèse où un des parents a perdu la qualité de Français sans viser celle où les deux parents ont perdu leur qualité c'est qu'il pouvait y avoir doute dans la première et qu'il ne pouvait pas en exister dans la seconde ».

Nous déciderons qu'il suffira que l'auteur ait été Français à un moment quelconque et d'une manière quelconque. Les tribunaux ont eu tort, selon nous, en 1857, de refuser d'appliquer cet article dans l'espèce sui-

(1) En ce sens, Lille, 29 déc. 1888.

vante : un étranger s'était fixé en France pendant le premier empire et avait omis en 1814 de remplir les formalités nécessaires pour rester Français. Il était donc devenu étranger, mais il avait été Français, et son fils s'en prévalait pour invoquer l'article 10, § 2. On lui opposa une fin de non recevoir tirée de cette idée longtemps admise par la jurisprudence qu'après la séparation d'un territoire conquis les habitants sont rétroactivement placés, au point de vue du statut, dans la situation où ils auraient été s'il n'y avait jamais eu de conquête. Nous appliquerions également l'article 10 au fils de l'étranger naturalisé Français qui a ensuite perdu cette qualité, et à l'enfant né d'un Alsacien-Lorrain depuis l'annexion (1).

L'article 10 ne dit pas que la faveur qu'il accorde ne concerne que la première génération. Nous le déciderons cependant parce que tel est l'esprit de la loi : après plusieurs générations le lien possible entre la France et l'enfant né d'un ex-Français est absolument rompu. Le maintien de la loi de 1790, qui étend précisément cette faveur aux descendants des victimes de la révocation de l'Édit de Nantes, fournit un argument en faveur de notre solution.

Ainsi, l'article 10, à l'exemple de l'article 9, accorde à l'enfant né d'un ex-Français ou d'une ex-Française un droit d'option en minorité pour la nationalité française. Nous avions donc raison de dire, au début de ce chapitre, que désormais, le mineur avait la disposition de sa nationalité en faveur de la France.

La loi française est la seule qui, dans l'hypothèse de l'article 10, permette une option en minorité, et à part

(1) J. D. P. 1885, p. 169.

quelques législations que nous avons indiquées *suprà* (1), aucune ne tient compte de cette situation particulière. Nous pensons cependant que la disposition de la loi française est bonne. Outre qu'elle est en harmonie avec le système général de la loi de 1889, on ne saurait trop faciliter le retour à la patrie française de ceux dont les parents s'en sont éloignés, momentanément peut-être et sous l'empire de considérations tirées de leur intérêt et de l'amélioration de leur sort.

Section IV. — *Du mineur, enfant naturel.*

La qualité d'enfant naturel constitue une modalité de la naissance, et même une modalité qui entraîne des conséquences légales que nous tenons pour être parfois peu conformes aux principes de la morale pure.

Au point de vue de la nationalité, il convient de distinguer, relativement aux enfants naturels, trois cas :

1° L'enfant est né de parents inconnus, ou dont la nationalité est inconnue ;

2° L'enfant n'est reconnu que par l'un de ses auteurs ;

3° L'enfant est reconnu, soit judiciairement, soit autrement par l'un et l'autre de ses père et mère.

L'enfant né de père et mère inconnus n'est pas nécessairement un enfant naturel ; il pourra exceptionnellement être un enfant légitime, mais presque dans l'unanimité des cas, ce sera un enfant naturel. Comment le traiter ? Théoriquement, il semble logique, puisque aucun lien de filiation n'est établi, qu'on se rattache au principe de la détermination de la nationalité *jure soli* et

(1) Page 76.

qu'on lui attribue la nationalité du pays sur le territoire duquel il est né. Le Code italien, article 7 *in fine*, le Code grec, article 14 § 3 ; en Belgique, la loi du 15 août 1881 ; en Hongrie, la loi des 20-24 décembre 1874 ; en Norwège, la loi du 21 avril 1888 ; en Portugal, l'article 18 du Code ont consacré cette solution.

Sous le régime du Code, dans le silence des textes, elle avait fait doute. Les auteurs étaient divisés, les uns voulant que l'enfant né de père et mère inconnus fut traité comme l'individu né en France d'un étranger, les autres adoptant résolument avec la jurisprudence la solution précitée. C'est à cette interprétation que la loi de 1889 a donné la consécration légale.

Quand l'enfant naturel est reconnu par l'un seulement de ses père et mère il doit en suivre la nationalité. Cette règle rationnelle adoptée par la jurisprudence sous le régime du Code se retrouve dans la loi de 1889. En fait, l'enfant sera habituellement reconnu par sa mère ; il est bien rare qu'une mère renie le fruit de ses entrailles ; aussi, en pratique, les officiers de l'État civil indiquent dans l'acte de naissance la filiation par rapport à la mère, à moins de manifestation de volonté contraire. Mais il convient de remarquer que cette mention ne constitue pas une reconnaissance légale ; elle n'est qu'une indication fournie à l'enfant qui voudra rechercher sa mère, comme la loi lui en donne le droit ; elle n'est pas attributive d'une nationalité autre que celle du pays dans lequel l'enfant est né.

Le cas où l'enfant est reconnu par ses père et mère est beaucoup plus délicat. Les différentes législations se divisent ici en deux groupes. Les unes, conformément à la règle romaine *Pueri ventrem sequuntur*, donnent à

l'enfant la nationalité de sa mère, les autres la nationalité du père, même quand la reconnaissance du père est postérieure à celle de la mère, en sorte qu'il se produit dans cette hypothèse un changement de nationalité chez l'enfant. Rentrent dans le premier groupe : l'Allemagne, la Suisse, la Norwège, la Hongrie, les Pays-Bas et le Portugal. On se fonde principalement dans ce système sur la difficulté d'établir une filiation certaine par rapport au père toutes les fois qu'on ne peut pas invoquer la maxime *pater is est quem nuptiæ demonstrant*, tandis que la filiation par rapport à la mère est toujours facile à démontrer.

Chez nous, les anciens commentateurs imbus des idées romaines, s'étaient, dans le silence du Code, ralliés à cette opinion qui avait fini par être écartée par les auteurs et par la jurisprudence. Du fait que le père a la puissance paternelle, et qu'il donne son nom à l'enfant, la Cour de cassation concluait que le père lui donnait également sa nationalité. On accordait ainsi la préférence au père même quand il avait reconnu l'enfant après la mère.

Lors de l'élaboration de la nouvelle loi, la commission sénatoriale proposa le même système et soumit au vote du Sénat le texte suivant : « L'enfant naturel dont la filiation est établie pendant la minorité, par reconnaissance ou par jugement, suit la nationalité du père ou de la mère si la filiation n'est pas établie à l'égard du père ». Ce texte fut vigoureusement combattu par M. Clément ; il fit remarquer que, par une reconnaissance tardive, le père aurait ainsi la faculté de changer la nationalité de son fils à une époque où il serait peut-être déjà dans une de nos écoles militaires, ou dans une administra-

tion de l'État et qu'il y avait là un grave danger. A la suite de ces observations, le texte précité fut renvoyé à la commission et M. Clément proposa plus tard le texte suivant : « Lorsque la filiation est établie pendant sa minorité, l'enfant né hors du mariage suit la nationalité de la mère, à moins qu'il n'ait été reconnu par le père dans l'année de la naissance ». Le rapporteur de la proposition de loi, M. Batbie, critiqua cette sorte de nationalité provisoire conférée à l'enfant, créant un état d'incertitude très préjudiciable à ses intérêts, ajoutant que ce délai d'un an était arbitraire, et proposa, pour éviter les changements de nationalité, de décider que la nationalité serait irrévocablement conférée à l'enfant naturel par celui de ses père et mère qui l'aurait reconnu le premier. Et le Sénat adopta le texte suivant qui est devenu l'article 8 § 1[er] du Code civil : « L'enfant naturel dont la filiation est établie pendant la minorité par reconnaissance ou par jugement suit la nationalité de celui des parents à l'égard duquel la preuve a d'abord été faite. Si elle résulte pour le père ou la mère du même acte ou du même jugement l'enfant suivra la nationalité du père ». Ainsi l'enfant prend irrévocablement la nationalité de celui de ses père et mère qui l'a reconnu le premier. S'il y a eu reconnaissance le même jour, l'enfant qui prend le nom du père en suit la nationalité. Il n'est pas nécessaire pour cela, ainsi qu'une interprétation judaïque des mots *du même acte ou du même jugement* le déciderait, qu'il y ait eu reconnaissance dans le même acte ou par le même jugement ; il suffit que la reconnaissance de la mère ne soit pas de date antérieure à celle du père ; peu importe qu'il y ait eu actes ou jugements différents.

Relativement aux effets de la reconnaissance, il faut distinguer deux cas : 1° l'auteur de la reconnaissance était Français au moment de la naissance de l'enfant, et il est devenu depuis étranger. La reconnaissance ou le jugement auront un effet déclaratif en ce sens que l'enfant acquerra la nationalité française, celle qu'avait son auteur au jour de la naissance ; 2° l'auteur de la reconnaissance était étranger au moment de la naissance de l'enfant, mais il est devenu ultérieurement Français. L'enfant sera Français, par application de l'article 12, *in fine*, du Code civil, qui attribue à la naturalisation d'un étranger en France un effet collectif.

Que penser de cette innovation, dont nous n'avons pas trouvé trace dans les législations étrangères et qui a paru très judicieuse à certains auteurs ? Nous sommes perplexes ; elle nous apparaît cependant comme une anomalie dans le système de notre législation sur les enfants naturels. Comment ? Le père donnera son nom à l'enfant, il aura sur lui la puissance paternelle et ils n'auront pas la même patrie ? Et cela pour un retard peut-être de quelques mois, motivé souvent par des considérations de famille tandis que la mère n'aura peut-être reconnu plus vite son enfant que pour des considérations pécuniaires ! C'est ce qui arrive journellement à Paris où l'administration exige pour attribuer des secours aux filles mères qu'elles aient reconnu leur enfant.

Il est une classe d'enfants naturels dont nous n'avons rien dit : ce sont les enfants adultérins ou incestueux. Dans les cas très rares où leur filiation sera établie, ils seront assimilés aux enfants naturels reconnus ; dans tous les autres cas, ils seront traités comme des enfants nés de père et mère inconnus.

Ajoutons, pour terminer ces considérations relativement aux enfants naturels, que chez nous l'adoption et la légitimation sont sans effet au point de vue de la nationalité. En Allemagne, au contraire, la légitimation confère à l'enfant la nationalité de son père.

CHAPITRE II

DE LA NATURALISATION EN FRANCE DES ENFANTS MINEURS.

Section I. — *Influence de la naturalisation des parents sur la nationalité de leurs enfants mineurs.*

§ 1. — *Influence dans la législation française antérieure à* 1889 *et dans les législations étrangères.*

On conçoit théoriquement deux systèmes, relativement à l'influence que peut exercer la naturalisation d'un chef de famille sur la nationalité de ses enfants mineurs : 1° La naturalisation est un acte personnel à celui qui l'obtient ; elle est le résultat d'un contrat formé entre un individu et la nation qui l'adopte en considération de sa propre personne, et une faveur ne saurait s'étendre à d'autres qu'à ceux qui l'ont méritée : le chef de famille qui n'a pas le droit de tester pour son fils, *à fortiori* n'a pas le droit de faire en son nom un acte qui affecte dans son essence même l'état de l'individu.

2° La naturalisation a un effet collectif : obtenue par le père, elle vaut pour toute la famille ; ainsi le veulent les principes de l'unité de la famille et de la puissance paternelle, incompatibles avec l'idée de pluralité de nationalités au sein du foyer domestique.

Si l'on envisage les différentes législations on remarque qu'elles se divisent en deux groupes principaux : législations dont le principe est de considérer la naturali-

sation comme individuelle, sauf parfois à constituer au profit de l'enfant une situation de faveur ; 2° législations admettant d'une façon absolue, ou avec des tempéraments, que la naturalisation du chef de famille entraîne celle des enfants mineurs.

Avant la loi du 26 juin 1889, la législation française était à la tête du premier groupe. A la vérité, on a soutenu que, d'après les principes du Code civil, la naturalisation du père en France entraînait celle de ses enfants mineurs. En effet, disait-on, si le fils est étranger comment la magistrature sanctionnera-t-elle le droit de correction du père ? Ce n'est point là un droit dérivant d'une loi de police et de sûreté applicable aux étrangers. Et si on reconnaît au fils la qualité d'étranger, comment concilier cette solution avec la disposition du Code qui place le domicile du mineur chez son père ? Le plus éloquent défenseur de cette thèse a été M. Duvergier dans une consultation célèbre (1). Cette doctrine était contraire à la tradition. Dans l'ancien droit, à part le cas où le roi délivrait des lettres de déclaration de naturalité, la naturalisation était individuelle ; ainsi l'a jugé le parlement de Paris dans un arrêt du 6 septembre 1611 (2). Les mêmes principes régnaient sous les constitutions de 1791, de 1793 et de 1795 ; sous l'empire de ces constitutions il fallait être majeur pour changer de nationalité (3). La jurisprudence (4) n'a pas suivi M. Duvergier, et les auteurs les plus considérables tels que MM. Aubry et Rau et Demolombe non plus. « La nationalité, dit Demo-

(1) Sirey, 32, 2, p. 642.
(2) Merlin, au mot Légitime, section 3, parag. 1, n° 9 à la note.
(3) *Secus*, Arrêt de Colmar du 26 décembre 1829 ; *Sic* Grenoble, 16 décembre 1828.
(4) Cass. Sirey, 73, 1, page 18.

molombe, est une qualité personnelle, une partie essentielle de l'état de l'enfant ; c'est la loi qui la leur confère, elle n'attribue à aucun représentant le pouvoir de l'aliéner en son nom ».

En fait, le débat a été tranché par la loi du 7 février 1851 : en accordant dans son article 2 au fils de l'étranger naturalisé, mineur au moment de la naturalisation du chef de famille, des facilités particulières pour acquérir la nationalité française, elle décide *ipso facto* que la naturalisation obtenue par le père lui est personnelle. Il était dur d'imposer les formalités et les longueurs de la naturalisation proprement dite à un enfant dont le père avait subi toutes les épreuves préparatoires de la naturalisation. « Si l'étranger, après avoir traversé avec succès ces diverses épreuves, a mérité et obtenu le titre de Français, disait M. Benoît Champy, rapporteur de la loi du 7 février 1851 (1) n'existe-t-il pas en faveur de son fils une sorte de présomption d'aptitude à le mériter et à l'obtenir à son tour » ? On l'a pensé : la loi de 1851 a permis au fils d'acquérir la qualité de Français par une simple déclaration dans l'année de la majorité, déclaration rétroactive au jour de la naturalisation du père puisqu'elle était faite dans les termes de l'article 9. Et la loi du 14 février 1882 est venue compléter celle de 1851 en permettant aux fils d'étrangers naturalisés de déclarer en minorité « qu'ils renoncent à la qualité d'étranger, et adoptent la nationalité française ». Cette faveur ne leur était toutefois octroyée qu'en vue des trois cas précis pour lesquels la loi de 1874 l'avait déjà accordée. Le système de la loi française avant 1889 était donc celui de la naturalisation individuelle, seulement la naturali-

(1) Sirey 1851, 8, p. 24, rapport.

sation du père rendait plus facile celle du fils et dans certains cas même, la permettait en minorité.

Nous trouvons le même système dans la loi belge: l'article 4 de la loi du 27 septembre 1835 contenait une disposition qui paraît avoir été la source de notre article 2 de la loi de 1851. Aux termes de cet article, qui est devenu l'article 4 de la loi belge de 1881 sur la naturalisation, « la naturalisation du père assure à ses enfants mineurs la faculté de jouir du même avantage, pourvu qu'ils déclarent dans l'année de leur majorité, devant l'autorité communale du lieu où ils ont leur résidence, conformément à l'article 10, que leur intention est de jouir du bénéfice de la présente disposition ». C'est la loi de 1851. Elles n'admettent ni l'une ni l'autre la réciprocité: ainsi, la loi belge, par exemple, refuse au fils du Belge naturalisé français le droit d'invoquer l'article 2 de la loi de 1851, de même si nous supposons un Français père de famille se faisant naturaliser en Belgique les enfants d'après la loi belge deviendront belges par voie de déclaration après leur majorité, tandis que la loi française ne reconnaît pas l'efficacité d'une telle déclaration. La conséquence est un conflit insoluble; nous avons des individus à double nationalité, portés sur les listes de recrutement dans les deux pays. M. Leemans, alors directeur au département de l'Intérieur à Bruxelles, signala en 1878 cette situation à la Société de législation comparée : il proposait, pour mettre fin aux difficultés relatives à l'application des lois militaires, un moyen à la fois simple et pratique: stipuler dans une convention que ces individus ne seraient pas inscrits pour le service militaire soit en France, soit en Belgique avant l'âge de vingt-deux ans, et qu'à cette époque ceux qui

établiraient avoir obtenu l'une des deux nationalités ne seraient pas tenus au service militaire dans l'autre. C'était un système de réciprocité. Une convention conclue sur ces bases le 5 juillet 1879 à Paris n'a pas été ratifiée par le parlement belge ; reprise en Belgique après de nombreux pétitionnements, et adoptée par les Chambres en 1888, la France n'a pas cru pouvoir la signer au moment du remaniement complet de nos lois sur la nationalité.

Mais, les négociations ont été recommencées depuis, et elles ont abouti à une convention conclue le 30 juillet 1891 entre les deux gouvernements, et rendue exécutoire en France par le décret du 31 décembre de la même année.

Elle se résume dans les propositions suivantes :

1° La Belgique (art. 4) s'interdit d'appeler au service militaire les jeunes gens nés en France de parents belges qui eux-mêmes y sont nés, ce qui écarte tout conflit sur notre nouvel article 8, § 3, c'est-à-dire sur l'innovation la plus importante de la loi de 1889.

2° « Ne seront pas inscrits d'office, avant l'âge de vingt et un ans accomplis sur les listes de recrutement militaire belge », tous ceux à qui une faculté d'option est accordée par notre loi, notamment « les individus nés d'un Belge naturalisé Français pendant leur minorité ».

3° Réciproquement, la France ne doit pas inscrire d'office, avant l'âge de vingt-deux ans accomplis sur les listes de recrutement militaire français, les individus à qui la loi belge reconnaît une faculté d'option pour la nationalité belge jusqu'à cet âge, notamment les individus nés d'un Français naturalisé belge pendant leur minorité.

Ce sont là d'excellentes dispositions auxquelles nous ne pouvons qu'applaudir (1).

En Grèce : 1° l'enfant né avant la naturalisation du père acquiert la nationalité hellénique aux conditions de la loi de 1851, auxquelles s'ajoute celle de la prestation de serment de sujet hellène devant le monarque compétent ; 2° l'enfant né pendant la durée des trois années de stage imposées au père pour la naturalisation devient hellène par la naturalisation de son père ; 3° quant à l'enfant né après la naturalisation, comme dans toutes les législations, il prend en naissant la nationalité actuelle de son père (art. 17 et 18 du Code).

Au Brésil, l'article 2 de la loi du 12 juillet 1871 accorde au gouvernement le droit de délivrer des lettres de naturalisation au fils de l'étranger naturalisé, né hors du Brésil avant la naturalisation de son père, à la condition par lui de déclarer après l'âge de vingt et un ans son intention de résider au Brésil ou de servir l'État après sa naturalisation : il est dispensé de la résidence préalable au Brésil pendant deux ans (2). Le décret du 23 juin 1855 contient des dispositions spéciales aux colons ; l'article 2 accorde aux père, tuteur, ou curateur des colons mineurs, nés hors de l'empire avant la naturalisation de leurs parents, le droit de déclarer, au nom des enfants, leur intention de fixer leur domicile au

(1) Pour les différentes pièces que doivent fournir les diverses catégories d'individus susceptibles de réclamer le bénéfice de cette convention voir la circulaire du ministre de la guerre en date du 13 mars 1892.

(2) La loi de 1871 a été modifiée par les décrets des 22 mars et 13 juin 1890 déclarant que tous les étrangers ayant fixé leur résidence au Brésil qui demanderont à être inscrits sur les listes électorales devront être considérés comme citoyens brésiliens sans aucune autre formalité préalable, pourvu que les autres conditions exigées pour être électeur fussent remplies.

Brésil ; de la sorte, toute la famille acquiert la nationalité brésilienne en même temps. Toutefois, les enfants auront le droit à leur majorité de revenir à leur nationalité première (1).

Dans la confédération argentine, article 3 de la loi du 1er octobre 1869, l'enfant d'un citoyen naturalisé, né hors de la confédération et mineur au moment de la naturalisation de son père, peut obtenir des lettres de naturalisation en s'enrôlant dans la garde nationale.

On voit que dans toutes ces lois la naturalisation a en principe un effet individuel, seulement elle constitue au profit de l'enfant une situation de faveur pour obtenir la nationalité de son père.

Il y a d'autres législations qui appliquent le système d'une façon absolue et considèrent la naturalisation du père comme sans influence sur la condition des enfants.

En Russie, article 6 de l'Ukase du 6 mars 1864, « la naturalisation est toujours personnelle, limitée à celui qui l'a obtenue et ne s'étend pas aux enfants, qu'ils soient majeurs ou mineurs, nés antérieurement.

En Turquie, loi du 19 janvier 1869, « l'enfant même mineur d'un étranger qui s'est naturalisé Ottoman ne suit pas la condition de son père et reste étranger ».

En Portugal, le fils d'un étranger naturalisé, né à l'étranger, est soumis aux formalités de la naturalisation proprement dite.

(1) Cette règle parait spéciale aux colons, même depuis les changements apportés aux lois sur la nationalité après la constitution des États-Unis du Brésil. En effet une décision du ministre de l'intérieur du 14 octobre 1890, a rejeté une demande de naturalisation introduite par un père étranger au nom de son fils mineur en se fondant sur ce que l'incapacité du mineur ne pouvait pas être supplée par l'autorité patèrnelle.

En Roumanie, article 5 de la constitution du 30 juin 1866, la naturalisation ne peut être accordée que par une loi, et individuellement.

Ces lois en sont encore au système français antérieur à la loi de 1851 ; elles appliquent le principe avec une rigueur absolue, peu conforme avec les idées probables du mineur. Le père et le fils seront ordinairement en communauté de sentiments quant à la nationalité ; tel est le résultat presque forcé de l'influence exercée au foyer domestique par le père sur son enfant ; la vérité, si vérité il y a dans les lois qui régissent la nationalité, est donc tout au moins dans un système qui accorde au mineur une situation privilégiée pour l'obtention de la nationalité de son père. Notre loi en était arrivé à ce système. Soumis à l'épreuve du temps, non seulement on ne l'a pas trouvé mauvais, mais dans notre état social il a paru absolument insuffisant, et on l'a élargi en franchissant le pas qui le séparait du système de la naturalisation collective que nous avons adopté dans la loi du 15 juin 1889.

Les législations formant le 2ᵉ groupe ont pour trait commun que la naturalisation du chef de famille entraîne celle des enfants, seulement ces législations appliquent le principe d'une façon absolue ou avec des restrictions.

En Hongrie, article 7 de la loi du 20 décembre 1875, la nationalité hongroise obtenue par la naturalisation s'étend aux enfants mineurs soumis à la puissance paternelle.

En Colombie, article 2 de la loi du 11 avril 1843, la naturalisation du père entraîne celle des enfants au-dessous de vingt et un ans ; le pétitionnaire doit indiquer dans

sa demande adressée au pouvoir exécutif, le nom, l'âge, et le sexe des personnes auxquelles la naturalisation s'étendra.

Avant 1876, ce système radical était pratiqué par plusieurs cantons suisses notamment celui de Genève. Des conflits très nombreux s'ensuivaient avec la France : toutes les fois qu'un Français, se faisait naturaliser suisse, ses enfants mineurs avaient *ipso facto* deux nationalités. Ce résultat était, dans le cas particulier, d'autant plus regrettable que la nationalité s'acquérait dans certains cantons par un véritable marchandage; ainsi la loi communale de Zurich de 1855 dit positivement que la qualité de citoyen s'obtient par l'achat. Pour couper court à ces abus est intervenue la loi fédérale de 1876. Dans cette loi, la Suisse maintient le principe que la naturalisation du père entraîne celle des enfants, mais elle ajoute pour eux cette restriction dans l'article 3 « s'il n'est pas fait pour ceux-ci une exception formelle en vue de l'article 2 chiffre 2. Cet article 2 chiffre 2 porte précisément que le conseil fédéral refusera d'accorder l'autorisation de se faire recevoir citoyen d'un canton lorsque l'admission à la qualité de suisse serait de nature à entraîner « un préjudice » et ce mot est ici synonyme de conflit. Ainsi, lorsque le gouvernement suisse traitait avec un Français, depuis 1876, il apportait toujours une restriction relativement aux enfants. Des erreurs toutefois étaient susceptibles de se commettre, si par exemple on n'avait pas eu soin d'écarter les enfants lors de la demande à fin de naturalisation ; d'autre part cette loi n'avait d'effet que pour les naturalisations de l'avenir ; or la situation des enfants mineurs dont les parents s'étaient fait natu-

raliser auparavant ne laissait pas non plus que d'être intéressante. Une convention était utile; elle fut signée à la date du 23 juillet 1879. Il y eut entre les deux gouvernements une transaction dont nous avons indiqué les points principaux *suprà* (1). Rappelons que cette convention considère comme des Français sous condition résolutoire les enfants mineurs dont les parents ont obtenu la nationalité suisse; aussi la dernière disposition du traité leur applique-t-elle le bénéfice de la loi de 1874, mais dans deux cas seulement, pour l'engagement d'un an et l'engagement volontaire. On n'a pas mentionné le cas où un jeune homme voudrait entrer dans les Écoles. Convient-il de suppléer au silence du traité? L'obstacle est que la convention a eu pour but principal de trancher des difficultés d'ordre militaire. Nous admettrons cependant que le mineur aura le droit, pour entrer dans les Écoles, de renoncer à son droit d'option pour la nationalité suisse dans l'année de sa majorité.

La disposition de l'article 3 de la loi Suisse de 1876 paraît avoir été empruntée à l'article 11 de la loi allemande de 1870 qui dispose également que la concession de la nationalité d'État s'étend aux enfants mineurs encore soumis à la puissance paternelle, sauf le cas où cette extension serait la cause d'un conflit avec le pays d'origine.

Il y a des législations qui ont adopté un système beaucoup moins absolu. Leur trait caractéristique est que, en principe, la naturalisation, n'y produit un effet collectif qu'autant que les enfants résident avec leurs pa-

(1) Page 68.

rents sur le territoire des pays dont ils doivent devenir sujets.

En Angleterre, acte du 12 mai 1870, article 10, on distingue : l'enfant mineur dont le père ou la mère veuve obtient la naturalisation dans le Royaume-Uni a-t-il résidé avec eux durant sa minorité sur le territoire britannique, il devient citoyen britannique en même temps que le chef de famille ; n'a-t-il pas rempli cette condition de résidence, il reste étranger. Cette idée est assez rationnelle : l'enfant qui aura vécu ses premières années sur le sol anglais se sera malgré lui et en quelque sorte instinctivement attaché à la nation dont il devient le sujet en même temps que son père ; cet élément particulier est donc une garantie que le changement opéré *lege* dans sa nationalité correspond à ses sentiments.

Au Canada l'acte de 1881, article 30, applique la même règle qu'en Angleterre.

Aux États-Unis, l'acte sur la naturalisation dispose dans sa section 2172 que les mineurs de vingt et un ans seront considérés comme citoyens de ce pays à l'époque de la naturalisation de leurs parents, s'ils résident avec eux. Le bénéfice de la naturalisation est acquis aux enfants lorsque le père meurt avant d'avoir passé par toutes les épreuves préparatoires de la naturalisation ; il suffit pour cela que le père ait, conformément à la section 2165, déclaré sous la foi du serment, devant une Cour de circuit ou de district des États-Unis, son intention bien réelle de devenir citoyen américain et de renoncer à toute allégeance envers un État ou un prince étranger.

En Norwège, article 4 de la loi du 21 avril 1888, la naturalisation obtenue par un père, une femme veuve

ou non mariée est également valable pour les enfants mineurs présents chez leurs parents ou élevés par leurs soins.

En Italie, articles 10 et 5 du Code civil, les enfants mineurs de l'étranger naturalisé deviennent citoyens, pourvu qu'ils aient eux-mêmes fixé leur résidence dans le royaume. La loi leur reconnaît le droit, dans l'année de leur majorité, telle qu'elle est fixée par la loi italienne, d'opter pour la qualité d'étranger : la déclaration d'option se fait devant l'officier de l'état civil de la résidence, et si c'est à l'étranger, devant les agents diplomatiques ou consulaires. Ainsi les enfants ne deviennent italiens que sous la condition résolutoire de leur option après leur majorité pour la nationalité d'origine. En fait, il arrivera souvent que le droit d'option sera un correctif absolument insuffisant au point de vue militaire ; il s'exerce dans le cours de la vingt-deuxième année, l'appel sous les drapeaux se fait à vingt ans ; au moment d'opter le mineur aura donc déjà été déclaré réfractaire par sa patrie d'origine si celle-ci ne reconnaît pas la validité de la nationalité acquise par un mineur à l'étranger. Il faudrait qu'il y eût, dans ce cas, entre les deux gouvernements intéressés, une convention comme celle du 22 juillet 1868 entre la Suisse et l'Italie, dont l'article 4 est ainsi conçu : « Lorsqu'un fils de parents suisses établis en Italie y a acquis la naturalisation en vertu de la loi italienne, il y est aussi astreint aux obligations militaires si dans l'année qui suivra l'époque de sa majorité il n'a pas opté devant l'autorité compétente pour la naturalisation suisse, et dans tous les cas, il ne sera pas appelé au service avant que l'âge de la majorité soit légalement atteint ».

§ II. — *Législation française actuelle.*

Le législateur de 1889 se trouvait en présence de plusieurs solutions possibles. Allait-il maintenir le principe, traditionnel et à peu près universellement adopté par les auteurs, que la naturalisation est personnelle à celui qui l'obtient, ou bien, s'inspirant de certaines législations étrangères, adopter le système de la naturalisation collective ? Dans sa proposition, qui est l'origine de la loi actuelle, M. Batbie n'admettait pas que la naturalisation du père s'étendît *ipso facto* à son fils mineur. « Comment, disait-il, leur attribuer cette qualité de plein droit à partir de la naturalisation ; de deux choses l'une, en effet, ou ils perdraient la qualité d'étranger, et on ne doit pas les en priver sans leur volonté, ou ils la conserveraient, et alors ils auraient deux nationalités à la fois, ce qui serait une source encore plus féconde de difficultés ». Le Conseil d'État, à qui la proposition avait été renvoyée, et la Commission du Sénat chargée de l'étudier furent d'avis, au contraire, qu'il convenait d'étendre au mineur les effets de la naturalisation obtenue par le père (1).

Mais, dans l'application, on concevait des systèmes différents pour concilier la nouvelle règle avec le respect des volontés individuelles et avec le droit pour l'État de n'admettre, parmi ses nationaux, que ceux qu'il en juge dignes. Dans le texte voté en première lecture, le Sénat établit la règle que la naturalisation du père entraînait *ipso facto* celle de ses enfants mineurs, mais, par une restriction insérée dans le décret de naturalisation, le

(1) *Journal officiel*, 13 nov. 1886.

Gouvernement avait le droit d'éliminer les enfants. En deuxième lecture, et sur la proposition de sa Commission, le Sénat se préoccupa davantage de la liberté individuelle et, restreignant la portée de son premier vote, remplaça la naturalisation obligatoire des enfants par une naturalisation facultative : pour suivre le sort de leurs parents les enfants devaient en faire la demande par l'intermédiaire de leurs représentants légaux ; à cette condition, ils étaient compris, sous réserve du droit de refus du Gouvernement, dans le décret de naturalisation. Nous avions ainsi un système intermédiaire entre la naturalisation collective proprement dite et la naturalisation individuelle.

La Commission de la Chambre estima que la réforme était insuffisante : il fallait une demande spéciale, des formalités ; tout cela était susceptible de décourager beaucoup de mineurs et ne permettait pas d'atteindre le but que l'on cherchait sous la pression d'un mouvement d'opinion publique de plus en plus fort : elle proposa le système radical de la naturalisation collective. « En ce qui concerne les enfants mineurs du père ou de la mère survivant qui se font naturaliser français, dit le rapporteur, M. Antonin Dubost, nous avons pensé qu'il ne pouvait y avoir que des avantages à les déclarer Français de plein droit. Les enfants majeurs peuvent avoir une existence indépendante, mais n'est-il pas naturel que les enfants mineurs participent de la façon la plus complète au genre de vie, aux mœurs, aux habitudes sociales, aux tendances du père ou de la mère qui les élève. Le Sénat cependant exigeait même dans ce cas une naturalisation spéciale ». Le texte de la Commission porte : « Deviennent Français les enfants mineurs d'un

père ou d'une mère survivant qui se font naturaliser Français ». C'était la naturalisation collective, sans même le tempérament d'un droit d'option pour la nationalité d'origine après la majorité. Dans sa séance du 6 juin 1889, le Sénat, en se ralliant, sur la proposition de sa Commission, au système de la Chambre crut utile d'y apporter le correctif d'un droit d'option à la majorité ; il lui apparut que c'était aller trop loin que d'imposer aux enfants, d'une façon incommutable, la nationalité de leur père. Et le texte qui est devenu l'article 12 *in fine* a été définitivement adopté dans les termes suivants : « Deviennent Français les enfants mineurs d'un père ou d'une mère survivant qui se font naturaliser Français, à moins que dans l'année qui suivra leur majorité, ils ne déclinent cette qualité en se conformant aux dispositions de l'article 8, § 4. »

En quoi consiste le changement entre la législation d'avant et d'après 1889, et quelle est la portée de ce texte ? Avant 1889, les enfants dont les parents s'étaient fait naturaliser français restaient étrangers, avec la faculté de devenir Français, dans l'année de leur majorité, en remplissant les formalités de l'article 9, et dans trois cas spéciaux, la loi de 1882 leur accordait le bénéfice de l'acquisition de la nationalité française en minorité. Maintenant, ils deviennent Français en même temps que leurs parents, et de plein droit.

La naturalisation du parent survivant peut avoir été obtenue après une résidence de dix ans sur notre territoire, ou après le préliminaire de l'admission à domicile. Dans cette seconde hypothèse, les enfants auront-ils profité de l'admission à domicile? La question est intéressante en ce qui concerne spécialement l'hypothè-

que légale que la jurisprudence refuse au mineur étranger, et en ce qui concerne la *cautio judicatum solvi*, si le représentant du mineur engage un procès pour lui. Sous l'empire de l'ancienne loi les avis étaient partagés ; on décidait généralement que l'admission à domicile obtenue par le père était valable pour toute la famille (1). Dans la loi actuelle l'article 13 *in fine* dispose que « en cas de décès avant la naturalisation, l'autorisation et le temps de stage profiteront à la femme et aux enfants qui étaient mineurs au moment du décret d'autorisation ». Par *à contrario* on est tenté de conclure de ce texte qu'à part cette hypothèse les enfants ne bénéficient pas de l'admission à domicile de leurs parents. Nous tirerons au contraire de ce texte cette règle que l'admission à domicile a un effet collectif : en cas de décès du père, le législateur craignait que les interprètes ne fussent tentés de retirer au mineur le bénéfice du décret, et il a voulu par la décision formelle de l'article 13 indiquer qu'en pareil cas les enfants continueraient à profiter de l'admission à domicile. N'est-il pas naturel d'ailleurs qu'une loi qui attribue à la naturalisation un effet collectif assigne le même caractère à l'admission à domicile, préliminaire de la naturalisation ?

La naturalisation obtenue par les mineurs en même temps que par leurs parents produit ses effets à partir du jour de la publication au *Bulletin des lois* du décret de naturalisation ; si les enfants mouraient avant l'insertion ils mouraient étrangers. Ils auront en principe tous les avantages attachés à la qualité de Français, sauf l'éligibilité à la Chambre des députés, s'il ne s'est pas écoulé un délai de dix ans depuis le décret de naturali-

(1) *Sic*, Cour de Paris, 2 août 1889, *Droit* du 20 octobre 1889.

sation. Le législateur, en limitant sur ce point les effets de la naturalisation dans l'article 3 de la loi de 1889, s'est inspiré de la législation antérieure au décret de 1852, qui distinguait la naturalisation ordinaire et la grande naturalisation, celle-ci seulement ouvrant les portes des Assemblées législatives.

Toutefois, les mineurs ne deviennent Français que sous condition résolutoire : l'enfant a-t-il été victime des caprices du chef de famille, s'était-il complètement attaché à sa patrie d'origine dont il a les mœurs et les habitudes, rien n'est perdu, son droit d'option reste entier.

Le texte parle « du père ou de la mère survivant » ; il semble ainsi que la naturalisation en France n'attribuera la même nationalité aux enfants que si le chef de famille est veuf. Mais il résulte de l'esprit de la loi et des explications données sur ce point à M. le sénateur Clément par le rapporteur au Sénat qu'il faut raisonner par un *à fortiori* : si le fait qu'un seul des parents, que la mère par exemple, obtient sa naturalisation en France suffit pour entraîner un changement dans la nationalité du mineur, à bien plus forte raison en sera-t-il de même lorsque les deux parents abdiqueront ensemble leur ancienne nationalité. Donc le texte s'appliquera dans les trois cas suivants : le père survivant, la mère survivante, les deux conjoints ensemble obtiennent leur naturalisation en France.

L'article 12 accorde une année pour l'exercice du droit d'option. Comment concilier cette disposition avec celle de l'article 11 de la loi sur le recrutement, qui dispose que les Français sous condition résolutoire sont portés sur les tableaux de recensement dont la formation suit leur majorité, et n'ont par conséquent pas toute l'année

pour délibérer ; car, sitôt inscrits, ou tout au moins au cours des opérations de recrutement, ce texte les oblige à prendre parti. Nous déciderons que l'article 12 de la loi sur la nationalité est modifié sur ce point par l'article 11 de la loi sur le recrutement. Lors de la confection de la loi sur le recrutement on avait considéré que si toute l'année était accordée pour délibérer ces jeunes gens serviraient beaucoup moins longtemps que ceux de leur âge, et on avait abrégé le délai. M. des Rotours, au cours de la discussion de la loi sur la nationalité, fit observer l'antinomie qui existait à cet égard entre les articles 11 et 12 et demanda formellement au rapporteur, M. Antonin Dubost, si on avait entendu modifier en l'étendant la durée du délai. Le rapporteur répondit très nettement qu'on ne changeait pas les dispositions de la loi sur le recrutement et que les termes de la loi sur la nationalité en contradiction avec ceux de la loi sur le recrutement devaient être considérés comme non avenus (1). Le droit d'option s'exercera donc utilement non pas pendant toute l'année à partir de la majorité telle qu'elle est fixée par la loi française, mais pendant une partie de cette année seulement.

On voit que les naturalisés français sont désormais astreints au service militaire. La loi nouvelle a ainsi réparé une imperfection de la législation antérieure dans laquelle les naturalisés étaient dispensés de service. On avait bien dit que cette exemption était motivée par le désir d'augmenter les naturalisations : la vérité est que ceux qui réclament la qualité de Français doivent en supporter les charges, et il eût été inconcevable d'exemp-

(1) Chambre, séance du 16 mars 1889.

ter toute une catégorie d'individus en présence d'une loi militaire qui, s'inspirant des nécessités patriotiques en même temps que des principes de stricte égalité du gouvernement démocratique, imposait à tous le service militaire. L'idée d'exempter les naturalisés n'est d'ailleurs venue à personne.

Comme le mineur né en France d'un étranger, domicilié en France à l'époque de sa majorité, l'intéressé aura à produire, à l'appui de son option, les justifications exigées par l'article 8, § 4 : une attestation en due forme du gouvernement étranger constatant qu'il en a conservé ou obtenu la nationalité, et aussi, s'il y a lieu, un certificat portant qu'il est en règle avec la loi militaire du pays étranger. Ces précautions sont de la plus haute utilité : leur but est d'empêcher certains individus, surtout sur les frontières de se réclamer de telle ou telle nationalité pour échapper aux charges que la qualité de citoyen d'un pays impose. Du jour où l'option aura été reconnue régulière l'optant sera étranger; sa qualité de Français ne sera point rétroactivement effacée : ce sera un ex-Français (art. 17, § 2). Ceci est important à constater, car si plus tard il veut revenir à la nationalité française il invoquera utilement les dispositions de faveur de l'article 18, au lieu d'être soumis aux formalités de la naturalisation proprement dite, et si ses enfants ont le désir de devenir Français, ils seront traités comme les enfants d'un ex-Français et bénéficieront de l'article 10. L'option n'a donc pas véritablement le caractère d'une condition résolutoire, puisque la qualité de Français n'est pas rétroactivement effacée.

Ces Français avec faculté d'option seront-ils admis dans nos écoles ou dans l'armée, en conservant cette fa-

culté de renonciation dans l'année de leur majorité, ou seront-ils obligés, au préalable, de renoncer à l'exercice de leur droit d'option? La loi de 1874 avait prévu la situation et exigeait cette renonciation. La loi actuelle est muette. Dans son article 5, elle remet bien à un règlement d'administration publique le soin de déterminer « les formalités à remplir et les justifications à faire relativement à la renonciation à la qualité de Français dans les cas prévus par les articles 8, § 4, 12 et 18 », mais cet article ne vise pas notre question ; il s'agit dans notre cas non pas de la renonciation dans l'année de la majorité, mais de la renonciation au droit de renoncer dans l'année de la majorité. Le décret réglementaire du 13 août 1889 a néanmoins prévu la difficulté ; le conseil d'État a pris sur lui de la résoudre, et il l'a fait imparfaitement. En effet l'article 11 du décret est ainsi conçu : « la renonciation du mineur à la faculté qui lui appartient par application des articles 8, § 4, 12 et 18 de décliner à sa majorité la qualité de Français est faite en son nom par les personnes désignées à l'article 9 ». Selon nous, cette disposition est trop large : l'article 8, § 4 parle des individus nés en France de parents étrangers, et domiciliés à leur majorité en France : ils deviennent Français à l'époque de leur majorité, sauf faculté de décliner cette qualité dans l'année de leur majorité. Or, nous n'apercevons pas qu'il puisse être question pour eux de la faculté de renoncer durant leur minorité à la qualité de Français puisqu'ils n'auront cette qualité qu'à leur majorité, et s'ils sont domiciliés en France ; on ne renonce pas à un droit qui n'a pas pris naissance. Quand un individu se présentera pour renoncer à la qualité de Français ne l'ajournera-t-on pas en lui disant : Attendez, pour

renoncer à une qualité, de l'avoir ; peut-être ne l'aurez-vous jamais. Quant au renvoi fait à l'article 12, c'est notre question. Le conseil d'État a admis que les enfants pouvaient, par l'intermédiaire de leurs parents, renoncer au droit d'abdiquer la qualité de Français à leur majorité, et consolider sur leur tête la qualité de Français, en quelque circonstance que ce soit, non pas seulement en vue d'hypothèses déterminées comme dans la loi de 1882 (1). En décidant ainsi sans en avoir reçu expressément la mission, nous pensons que le conseil d'État n'a pas excédé ses pouvoirs réglementaires : il s'est inspiré de l'esprit général de la loi et en a tiré une conséquence. En effet, l'article 9 de cette loi reconnaît la faculté d'acquérir la qualité de Français à des enfants mineurs avec le concours de leurs représentants légaux, *à fortiori*, cette faveur doit être accordée dans notre cas, où il s'agit simplement de consolider la qualité de Français déjà existante. Seulement la disposition du conseil d'État est incomplète : elle ne dit pas si ces jeunes gens auront simplement durant leur minorité le pouvoir, la faculté, d'abdiquer le droit de dépouiller la qualité de Français à leur majorité, ou s'ils y seront tenus, obligés. Dans le silence du décret, ne soutiendront-ils pas légitimement qu'une telle exigence n'est plus légale, et que si elle l'était dans l'ancienne loi c'est que celle-ci avait pris la peine de le dire ? D'autre part, leur enlever le droit d'option en majorité pour leur nationalité d'origine, ne serait-ce pas contredire le législateur qui, en l'établissant, a eu pour objet de permettre aux enfants devenus majeurs de revenir sur un changement de nationalité qui

(1) Circulaire du 23 août 1889.

leur aurait été imposé en minorité par le caprice ou la volonté de leurs parents ? Quelle serait alors la garantie de l'enfant contre les abus d'autorité ? Cette faculté d'option a d'ailleurs été considérée par le Sénat qui l'a introduite dans la loi comme la raison déterminante de son adhésion à la rédaction de la Chambre des députés. C'est ce qui résulte des déclarations de M. Delsol à la tribune. Nous pensons donc, pour toutes ces raisons, que cette renonciation n'a qu'un caractère facultatif et qu'elle ne saurait être imposée aux mineurs. En pratique, on l'exigera quand ils voudront entrer dans une école ou contracter un engagement dans l'armée.

Le fait par le fils mineur d'un étranger naturalisé d'avoir participé aux opérations de recrutement, sans protester, équivaudrait pour nous à une renonciation expresse du droit de réclamer la nationalité d'origine, après la majorité. Il résulte de l'esprit général de la loi de 1889 et des termes exprès de l'article 9 que le législateur a entendu considérer la participation aux opérations du recrutement comme une manifestation de la volonté d'acquérir ou de consolider sur sa tête la qualité de Français.

Les règles que nous venons d'exposer relativement au mineur s'appliquent incontestablement toutes les fois qu'il y a de la part des parents obtention de la nationalité française par décret ; peu importe qu'il s'agisse de la naturalisation proprement dite, après trois ans de domicile en France ou une résidence de dix ans, ou bien d'une naturalisation privilégiée après une année de domicile autorisé ; dans tous ces cas, les traits caractéristiques de la naturalisation : demande au pouvoir exécutif, et demande comportant une faculté de refus se trouvent

réunis. Mais qu'en est-il dans les hypothèses où l'acquisition de la qualité de Français constitue un droit, dans les hypothèses des articles 9 et 10 du Code civil ; les enfants mineurs deviendront-ils Français en même temps que leurs parents ? L'article 5 du décret du 13 août 1889 assimile les deux situations ; à côté de la naturalisation ordinaire il parle de la naturalisation de faveur, expressions qui se réfèrent à l'acquisition de la qualité de Français aux conditions des articles 9 et 10. Et la circulaire du 23 août 1889 parlant de cette faculté d'acquérir la qualité de Français, par voie de simple déclaration dit : « Cette faculté qui existait dans la législation antérieure avait été déjà assimilée par la doctrine et par certaines décisions de jurisprudence à un mode spécial de naturalisation. Elle a été consacrée par le législateur sous le nom de naturalisation de faveur ». Cette affirmation de la circulaire est inexacte avant comme après la loi de 1889. Sous l'empire de la législation antérieure à 1889, il est vrai que la jurisprudence s'était affirmée en ce sens, notamment dans deux décisions récentes (1). « Le mot naturalisation, disait le tribunal de Lille, doit être entendu dans un sens général et comprendre tout fait par suite duquel l'étranger perd sa nationalité et devient citoyen d'un nouvel État ». Mais alors, pourquoi établissait-on, quant à la perte de la qualité de Français, une différence, que tout le monde reconnaît, entre l'acquisition d'une nationalité étrangère par la naturalisation et l'acquisition par le bienfait de la loi ; c'est-à-dire par les moyens des articles 9 et 10 (2). S'il y avait dis-

(1) Tribunal de Lille, 3 janv. 1889 ; arrêt confirmatif de Douai, 16 avril 1889.

(2) Cass., 8 août 1871 ; Sirey, 71, 1, page 200 ; 19 août 1874 ; Sirey, 75, 1, 52.

tinction pour la perte de la qualité de Français, comment pouvait-il y avoir assimilation pour l'acquisition ? Dans la loi de 1889 la distinction est aussi nettement établie entre les hypothèses des articles 9 et 10, c'est-à-dire le bienfait de la loi, et la naturalisation proprement dite. Pour la perte de la qualité de Français, l'article 17 sépare formellement les deux cas ; pour l'acquisition de cette qualité, les travaux préparatoires démontrent aussi que le législateur a entendu maintenir le bienfait de la loi à côté de la naturalisation. Cela est si vrai que le système du conseil d'État consistant précisément dans la suppression du bienfait de la loi pour le remplacer par une naturalisation privilégiée a été rejeté. Il est vrai que, dans certains textes, à propos des articles 9 et 10, on emploie l'expression « naturalisation ». Mais il n'y a rien à en induire, d'autant plus qu'ailleurs la naturalisation proprement dite et le bienfait de la loi sont séparés dans la terminologie elle-même (1). Non, dans le bienfait de la loi il n'y a pas naturalisation, car qui dit naturalisation, dit décret, et pouvoir discrétionnaire du gouvernement. Dès lors, nous déciderons que l'assimilation faite par l'article 5 du décret du 13 août 1889 n'est pas légale et que l'acquisition de la qualité de Français, obtenue par un chef de famille dans les termes des articles 9 et 10, ne s'étend pas aux enfants mineurs. Il y a certainement là un oubli du législateur, car comment aurait-il pu avoir la volonté de refuser à l'enfant né d'un ex-Français ou à l'enfant d'un individu né en France, qui par conséquent se rattache à nous par le *jus soli* un droit qu'il accordait aux enfants d'un étranger naturalisé après un temps d'admission à domicile ou de résidence sur

(1) Voir rapport Antonin Dubost du 7 nov. 1887.

notre territoire plus ou moins long? Cette différence n'aurait-elle pas été de sa part une inconséquence, alors que sa préoccupation dominante dans la confection de la nouvelle loi était l'augmentation de la population française? Mais il n'appartient pas à l'interprête de réparer les omissions du législateur.

Nous restons donc en présence de la disposition formelle de l'article 12 qui introduit dans nos lois le système de la naturalisation collective. On a critiqué cette innovation en disant que la législation antérieure avait cet avantage de respecter le principe ancien, et considéré jusqu'alors comme sacré dans nos lois, qu'une personne ayant une nationalité à sa naissance n'en doit pas changer sans une manifestation de volonté personnelle; un des orateurs les plus bruyants du Sénat, M. de Gavardie, est allé jusqu'à qualifier l'innovation de *monstrueuse* et à accuser le législateur de rétrograder jusqu'au droit antique et au droit païen, dans lequel l'enfant était la propriété du père. On dira qu'il ne convient pas de rendre si facilement accessible à tous le titre de Français et on invoquera l'exemple d'Athènes et de Rome, où le titre de citoyen n'est devenu facile à acquérir qu'avec la décadence des croyances nationales et la débauche des Empereurs. On soutiendra peut-être aussi qu'on aurait dû refuser à la mère survivante le droit de changer une nationalité que les enfants ont reçue de leur père et que le mariage lui avait également donnée.

L'innovation ne nous en paraît pas moins bonne. Elle se justifie par les nécessités politiques et sociales actuelles dans notre pays, et par un intérêt moral considérable.

Ces nécessités ont paru tellement urgentes au législa-

teur qu'il a même complètement modifié le caractère de l'admission à domicile. Il a voulu augmenter le nombre des Français et protéger nos nationaux contre les étrangers; pour atteindre son double but il a fait de l'admission à domicile le préliminaire d'une naturalisation forcée, sous peine d'en retirer le bénéfice. Admis à domicile, c'est-à-dire à la jouissance de presque tous les avantages de la qualité de Français, l'étranger n'aura plus la faculté de rester indéfiniment dans cette situation ; au bout de cinq ans, s'il n'obtient pas sa naturalisation, il sera déchu des droits qui découlent de l'admission à domicile et traité comme un étranger ordinaire. A ce caractère temporaire de l'admission à domicile le législateur a ajouté la règle de la naturalisation collective. Ces deux réformes se tiennent et sont le complément l'une de l'autre. Si les statistiques sont exactes, elles augmenteront la population française de 7000 nationaux par an. Ce résultat est assez éloquent par lui-même. Il excuse le législateur d'avoir heurté les vrais principes du droit des gens par la façon dont il a considéré l'admission à domicile.

On a regardé comme de la plus haute importance morale que l'enfant ait la même nationalité que ses parents. Si l'enfant ne suit pas la nationalité de son père, ce sont non seulement des conflits nombreux avec les législations étrangères qui attribuent à la naturalisation un effet collectif, ce sont non seulement des difficultés inextricables pour le juge, nées de la diversité de l'état des personnes au sein d'une même famille, c'est l'enfant en opposition d'intérêts avec les siens, c'est l'autorité paternelle ébranlée, c'est l'unité de la famille sacrifiée. Et comme l'a déclaré M. Camille Sée à la tribune du Sénat

« qui dit famille, dit patrie, car la patrie est la famille en grand, comme la famille est la patrie en petit. Si l'on rompt au foyer domestique l'unité de nationalité... c'est même l'image de la patrie voilée ».

Des considérations d'un ordre si élevé excusent le législateur du reproche que l'article 12 porterait atteinte au principe de la liberté individuelle ; l'enfant n'a d'ailleurs que le germe de la liberté individuelle, et quand il en jouira pleinement, à sa majorité, il reviendra, s'il le veut, à sa nationalité d'origine. Reste à surveiller l'application du nouveau système de l'article 12: si par hasard un père cherchait une naturalisation dans notre pays pour acquérir sur ses enfants des droits qu'il n'avait pas à l'étranger, ce serait au gouvernement à démêler cette pensée et à refuser la naturalisation.

Section II. — *De l'admission à domicile, et de la naturalisation des mineurs seuls.*

Nous venons de voir que la naturalisation et même l'admission à domicile, obtenues par le chef de famille, s'étendaient aux enfants mineurs.

Mais un enfant ne pourrait-il pas être seul admis à domicile et même naturalisé durant sa minorité, à la condition toutefois d'être assisté de ses représentants légaux ?

Dans les constitutions de 1791 comme dans celles de l'an III et de l'an VIII, il fallait être majeur pour être admis à domicile. Le Code et la loi de 1849, article 1er, exigèrent également l'âge de vingt et un ans accomplis ; pour la loi de 1849, l'attention fut même spécialement attirée

sur ce point par M. Demante, qui en deuxième lecture fit substituer, lors de la discussion de la loi, les mots « après l'âge de vingt et un ans accomplis « aux mots « après la majorité accomplie » moins précis, parce qu'ils n'indiquaient pas de quelle majorité il s'agissait. Sous l'empire de la loi de 1867 nous retrouvons cette condition d'âge de vingt et un ans pour obtenir l'admission à domicile, préliminaire obligé de la naturalisation ; seulement le délai du stage, au lieu de courir du décret d'admission à domicile, court du jour de l'enregistrement de la demande au ministère de la justice.

Cette condition d'âge n'étant pas inscrite dans la loi nouvelle, ni dans le décret qui en décide l'application, c'est une question débattue que de savoir à quel âge la demande d'admission à domicile pourra être faite. Voici le texte, objet du débat : Article 8, § 5..... « Peuvent être naturalisés : 1° les étrangers qui ont obtenu l'autorisation de fixer leur domicile en France, conformément à l'article 13 ci-dessous, après trois ans de domicile en France, à dater de l'enregistrement de leur demande au ministère de la justice ».

Des auteurs pensent que l'admission à domicile étant une des phases des formalités à fin de naturalisation, il y a lieu d'imposer pour celle-là la même capacité que pour celle-ci. Et comme selon eux la majorité est nécessaire pour la naturalisation, elle l'est aussi pour l'admission à domicile. La majorité qu'ils exigent est la majorité requise par la loi étrangère, puisque jusqu'au changement de nationalité, d'après les principes du droit des gens, c'est à elle qu'on doit se référer pour les questions d'état.

Mais les travaux préparatoires de la loi du 26 juin 1889 démontrent que le législateur a entendu autoriser l'admission à domicile même en minorité. Dans sa proposition, M. Batbie avait supprimé cette condition, et dans l'exposé des motifs, (1) il s'en était expliqué dans les termes suivants : « Nous modifions la loi de 1867 en ce qui concerne le point de départ du délai de trois ans. Notre proposition n'exige pas, comme la loi de 1867, que l'autorisation de fixer son domicile en France soit obtenue après la majorité. Cette autorisation vaudra quel que soit l'âge auquel elle aura été accordée ». Le conseil d'État, qui voulait être rigoureux, avait rétabli la condition d'âge de vingt et un ans. Le 6 mars 1884, M. Batbie déposa une nouvelle proposition dont l'article 3 reproduisait à peu près son projet antérieur ; le 4 novembre 1886 il en déposa encore une autre, au nom de la commission du Sénat, dans laquelle il reproduisait avec une netteté particulière son système primitif : d'après ce texte, qui était la contre-partie de celui du conseil d'État, on pouvait être naturalisé à vingt et un ans ; c'est donc que l'admission à domicile était possible antérieurement à cet âge. Dans le rapport qui accompagnait la proposition, M. Batbie faisait observer qu'elle avait été adoptée après des conférences et un échange d'explications avec le conseil d'État, et lors de la 1re délibération du Sénat, le 6 novembre 1886, MM. Batbie et Sée, commissaires du gouvernement, parlèrent longuement en constatant que l'accord s'était établi entre le conseil d'État et la commission sénatoriale ; il ne fut fait aucune réserve sur ce point. Nous en concluons que l'entente s'était faite sur le texte de la commission que le Sénat vota en 1re lec-

(1) Sénat, Annexes 82, p. 159.

ture. Lors de la 2e délibération, ce fut un nouveau texte que l'on vota, article 8, § 4 ; il n'était toujours rien dit de la condition d'âge. Le projet arriva au Palais Bourbon où dominait l'esprit libéral. M. Antonin Dubost, rapporteur, rendit compte de cette disposition, sans faire remarquer qu'il y avait une innovation. La condition d'âge lui a-t-elle échappé, ou son silence était-il volontaire ? Ce qui apparaît, c'est qu'elle n'est plus dans la loi, en sorte que la présomption est qu'elle n'existe plus. Et pour nous, l'article 13, aux termes duquel l'admission à domicile obtenue par le père profitera à l'enfant si le père vient à mourir pendant la durée du stage, n'est qu'une application à un cas particulier de la règle nouvelle, que l'admission à domicile est susceptible d'être concédée durant la minorité.

En ce qui concerne la naturalisation elle-même, bien que la question soit plus délicate, nous la trancherons encore en ce sens que le mineur assisté de ses représentants a la capacité nécessaire pour l'obtenir. Nous invoquons encore ici les travaux préparatoires. En 1882 on avait proposé cette solution. M. Batbie le fait observer dans son rapport. « Des jurisconsultes d'une grande autorité ont proposé d'aller plus loin et d'autoriser, en observant certaines formes, la naturalisation à l'âge où l'enfant peut être émancipé. Nous n'avons pas voulu qu'on pût, en dehors de cas exceptionnels, même de son aveu, changer la nationalité du mineur à une époque très rapprochée du jour où la majorité lui aura conféré la pleine capacité ». Elle fut donc rejetée, et lors du dépôt du projet rédigé sous forme d'articles à introduire dans le Code civil, on exigea formellement l'âge de vingt et un ans pour la naturalisation. « Les étrangers qui ayant atteint

l'âge de vingt et un ans accomplis ont, après trois ans de domicile autorisé ou dix ans de résidence non interrompue en France, obtenu la naturalisation par décret », (sont Français). Tel était le texte ; il fut changé ensuite, et la condition d'âge disparut. Il n'en fut plus question, ni au Sénat, ni à la Chambre. Sur quoi se fonderait-on dès lors pour introduire dans la loi une condition qui n'y est pas inscrite ; autrefois elle était nécessaire ; mais pourquoi sinon parce qu'elle était mentionnée soit dans les Constitutions, soit dans la loi de 1849, soit dans la loi de 1867. Ne serait-il pas étonnant que cette condition d'âge sur laquelle l'attention avait été attirée au début eût été supprimée involontairement, alors que des modifications profondes apportées au projet du Conseil d'État avaient eu pour but de faciliter la naturalisation ? Cette suppression est d'ailleurs en harmonie avec un certain nombre de législations étrangères dont le législateur s'est beaucoup inspiré dans la confection de la nouvelle loi sur la nationalité. En Allemagne, loi de 1870, en Autriche, en Hongrie, loi du 24 décembre 1879 le mineur, dûment autorisé par son père ou par son tuteur, peut obtenir la naturalisation. Dans notre législation même, le sénatus-consulte de 1865 relatif aux étrangers habitant l'Algérie, la loi de 1790 relative aux descendants des émigrés dispensent de la condition d'âge, et dans la loi de 1889, on ne s'en occupe plus dans les articles 9 et 10. Enfin, le décret du 13 août, qui assimile, à tort selon nous, le bienfait de la loi et la naturalisation proprement dite, n'impose pas non plus cette condition. C'est donc que dans la pensée de ses rédacteurs l'assimilation existe même à ce point de vue ; aussi bien exigerons-nous, pour la validité des formalités à fin d'admission à domicile et à

fin de naturalisation, que le mineur soit autorisé de ses représentants légaux absolument comme dans les cas des articles 9 et 10.

Les effets de la naturalisation ainsi obtenue seront ceux qu'elle produit habituellement.

CHAPITRE III

De la naturalisation des Français a l'étranger.

Section I. — *Influence de la naturalisation des parents à l'étranger sur la nationalité des enfants mineurs.*

§ 1er. — *Législation française antérieure à* 1889, *et législations étrangères.*

Dans la législation antérieure à 1889 la naturalisation d'un Français à l'étranger était sans effet sur les enfants mineurs ; la naturalisation opérait individuellement pour la perte comme pour l'acquisition de la qualité de Français. La seule différence entre le cas d'acquisition et le cas de perte de la nationalité française était que notre Code ne reconnaissait pas la validité d'une nationalité acquise par l'effet de la loi dans des pays qui avaient la même législation que nous; ainsi, l'individu, né en France d'un Belge, pouvait acquérir la nationalité française par voie de déclaration dans l'année de sa majorité, tandis que notre loi tenait pour nulle l'acquisition de la nationalité belge par un individu né en Belgique d'un Français (1). Pour perdre la nationalité française, au regard de la loi française, il fallait une naturalisation proprement dite à l'étranger.

Les législations étrangères qui se rattachent au système du Code, celui de la naturalisation individuelle,

(1) Cass., 8 août 1871, *Sirey*, 71, 1, 200, 19 août 1874, *Sirey*, 75, 1, 52.

l'admettent pour la perte comme pour l'acquisition de la nationalité. Il en est ainsi notamment en Turquie, loi de 1869, en Grèce, article 24 du Code civil, en Belgique, en Espagne, et dans quelques autres pays. En Russie, ukase du 6 mars 1864, la dénaturalisation n'est permise qu'aux Russes naturalisés ; elle opère individuellement. Les Russes d'origine sont encore soumis à l'allégeance perpétuelle ; c'est là une règle qui est destinée à disparaître bientôt, parce qu'elle est contraire à la liberté humaine et au droit qui appartient à tout homme de choisir la nationalité qu'il veut.

Les législations étrangères qui consacrent le système de la naturalisation collective, l'appliquent en principe, en cas de perte comme en cas d'acquisition de la nationalité. Relativement à la perte de la nationalité, elles s'inspirent à peu près toutes d'une idée dominante : la cohabitation du mineur avec sa famille à l'étranger, et imposent cette condition pour que le changement de nationalité du père entraîne celui de son enfant, système très rationnel, car si l'enfant est soustrait à l'influence paternelle et soumis à celle du milieu dans lequel il vit et où il est élevé, il est à penser que tout son attachement est pour la patrie d'origine.

La loi italienne rentre dans cette catégorie. Après la naturalisation du père, les enfants continuent-ils à habiter en Italie, ils restent Italiens, émigrent-ils avec leur père ils deviennent étrangers, sous réserve d'un droit d'option, à leur majorité, pour la nationalité italienne. Une question débattue est celle de savoir si le mineur qui a émigré avec son père reste soumis aux obligations militaires, conformément à l'article 12 du Code civil italien qui, pour éviter des naturalisations frauduleuses à

l'étranger, maintient cette obligation à la charge des dénationalisés. Les cours italiennes ont décidé l'affirmative à plusieurs reprises. M. Fiore n'admet au contraire l'application de l'article 12 que lorsque la dénationalisation a été volontaire. Quand elle est forcée, que notamment elle résulte de celle des parents, elle ne saurait guère être frauduleuse. La cour de Modane, par arrêt du 5 août 1887, a adopté cette opinion. L'application de l'article 12 du Code italien à l'hypothèse de la dénationalisation volontaire n'en reste pas moins une disposition malheureuse, car les idées de service militaire et de patrie ou de nationalité sont indissolublement liées. Cette disposition est d'ailleurs peu en harmonie avec les règles habituellement très larges et très bien conçues du Code italien (1).

La loi suisse de 1876 consacre un système analogue : la libération du père s'étend aux enfants lorsqu'ils vivent en un même ménage ; une particularité consiste en ce que le père a le droit de limiter la naturalisation en pays étranger à sa propre personne, même quand son enfant l'accompagne.

En Angleterre, où l'allégeance perpétuelle a été longtemps la règle, aux termes de l'article 8, § 3 de l'acte du 12 mai 1870, lorsqu'un père ou une mère veuve, d'origine anglaise, deviennent étrangers les enfants subissent le même changement dans leur statut, à la condition de résider dans le pays où leurs parents sont naturalisés, et que la loi étrangère les reconnaisse pour ses nationaux : cette dernière condition est exigée pour éviter de créer des individus sans nationalité.

(1) J. D. P. 1889, t. III et IV, page 343.

La même règle existe au Canada, article 29 de l'acte de 1881.

En Allemagne et en Hongrie, article 21 de la loi du 1er juin 1870 et article 26 de la loi de 1875, on distingue entre le temps de paix et le temps de guerre. En temps de guerre, ou de guerre imminente, en Allemagne, le Président de la confédération a le droit de prendre des mesures spéciales, et en Hongrie, Sa Majesté statue sur chaque demande de dénationalisation. En temps de paix, la dénationalisation s'étend aux enfants soumis à la puissance paternelle lorsqu'ils émigrent avec le chef de famille, mais il faut combiner cette règle avec celle d'après laquelle l'expatriation n'est accordée aux personnes âgées de dix-sept ans accomplis qu'autant qu'elles produisent un certificat de la commission militaire du cercle attestant qu'elles ne requièrent pas le congé dans le but unique d'échapper à l'obligation du service, soit dans la flotte, soit dans l'armée de terre.

En Hongrie, on prend ces mêmes précautions dans l'intérêt de la défense nationale.

On voit que le trait commun à toutes ces législations est d'unir le sort du mineur à celui de son père qui change de nationalité, lorsqu'il va résider avec lui.

Dans d'autres législations cette condition de résidence n'est pas exigée : la règle que les enfants perdent leur nationalité en même temps que leurs parents est absolue. Il en est ainsi en Suède, et en Autriche. En Suède les enfants recouvrent de plein droit leur nationalité d'origine s'ils rentrent dans le Royaume, lors de leur majorité.

§ 2. — *Législation française actuelle.*

La loi du 26 juin 1889, corrigeant en cela heureusement la législation antérieure, admet la perte de la nationalité française par l'effet de la loi, article 17, § 1, aussi bien que par la naturalisation proprement dite. Mais elle ne dit pas si l'acquisition par les parents de la nationalité étrangère, soit par la naturalisation, soit par l'effet de la loi, opère d'une façon collective ou individuelle.

Un éminent professeur de la faculté de droit de Lyon, M. Cohendy (1), tranche cette question par une distinction : 1° la perte de la qualité de Français a-t-elle été infligée au père à titre de peine, par exemple pour avoir pris sans autorisation du service dans une armée étrangère, article 17, § 4, elle ne s'étend pas aux enfants : c'est l'application du principe de la personnalité des peines ; 2° la perte de la qualité de Français résulte-t-elle de tout autre cause, elle atteint les enfants, en sorte que le système de la loi de 1889 serait celui de la naturalisation collective, sauf une restriction, qu'il s'agisse soit de l'acquisition, soit de la perte de la qualité de Français. Cette interprétation se fonde sur ce que, logiquement, la réciproque de la disposition de l'article 12 *in fine* s'impose.

Si équitable et si conforme au droit des gens qu'elle soit, elle est inadmissible. Elle est contraire à toute tradition : nos tribunaux n'ont jamais reconnu que, dans le silence de la loi, des dispositions de naturalisation d'étrangers en France auraient pour pendant des dispositions similaires de réciprocité. Elle a en outre contre

(1) *Journal le Droit*, 8 et 10 nov. 1889.

elle les travaux préparatoires. A la séance du 6 juin 1889, M. Clément critiqua vivement l'article 12, aux termes duquel la naturalisation obtenue en France par le père, ou la mère survivante, opère d'une façon collective. Il montra combien la réciproque qui, selon lui, était la conséquence de cet article serait fâcheuse dans certaines hypothèses. Or le rapporteur lui répondit en ces termes :

« M. Clément dit au Sénat : « Comment pouvez-vous admettre que les enfants de cette femme, qui sont peut-être nés d'un Français illustre, perdent la nationalité française et deviennent comme leur mère des étrangers? Cette argumentation, Messieurs, nous l'avions déjà entendue dans la Commission, et elle ne nous avait ni touchés ni convaincus. Voici pourquoi : lorsqu'une femme étrangère, qui avait épousé un Français, redevient étrangère, est-ce à dire que ses enfants, qui sont Français, vont perdre leur nationalité? Pas le moins du monde. Ces enfants ne suivront nullement la nationalité de la mère, car le changement de nationalité de leur mère n'est pas un fait qui puisse leur faire perdre la qualité de Français. La mère redeviendra Belge, ou Italienne ; ils resteront Français. C'est là une règle constante de notre droit civil. L'argumentation de l'honorable M. Clément repose donc sur une fiction et non sur une réalité ». Donc la dénationalisation opère toujours individuellement.

C'est la règle aussi quand la perte de la nationalité française a lieu par l'effet de la loi ; nous l'avons déjà formulée relativement à l'acquisition de la nationalité française par l'effet de la loi en nous fondant sur ce qu'il ne nous était pas permis de réparer un oubli du législateur. Nous l'adopterions même si le législateur avait formellement assimilé quant aux effets, l'acquisition de la nationalité

française par la naturalisation et par l'effet de la loi, parce qu'il ne nous est pas permis, sans un texte exprès, d'admettre la réciprocité des dispositions de la loi.

Nous devons reconnaître que la loi sur ces divers points est très défectueuse. On a essayé de justifier le législateur en disant qu'il ne s'était pas occupé de questions de droit international, qu'il avait voulu faire une loi de droit public interne. Qu'importe ? Notre pays peut-il avoir la prétention de dire aux nations étrangères : j'applique le système de la naturalisation collective quand il s'agit d'une naturalisation en France parce qu'il m'est favorable, je l'écarte quand vous l'appliquez à nos nationaux ? Dans les conflits qui s'élèveront, ne nous dira-t-on pas avec beaucoup de raison : « De quoi vous plaignez-vous, nous appliquons votre propre loi que nous tenons pour bonne ». L'équité et le droit naturel commandaient la réciprocité, et la loi doit être conforme à l'une et à l'autre. Si nous estimons que le père n'outrepasse pas ses droits en changeant avec la sienne la nationalité de ses enfants mineurs quand il obtient sa naturalisation en France, appliquons cette idée au Français qui s'expatrie. La plupart des enfants ne nous quitteront peut-être pas sans esprit de retour, et s'il en est autrement, quel intérêt avons-nous à revendiquer comme nos nationaux des individus qui n'auront peut-être jamais vécu en France, ou qui auront émigré, peu après leur naissance, avec leurs parents ? Le désir d'accroître la population ne doit pas nous empêcher d'être justes. Le nombre des Français qui émigre est très restreint en comparaison de celui des étrangers qui immigrent chez nous. Comme l'a dit Duvergier, « la naturalisation donne des enfants à la France ; elle lui en fait perdre quelque-

fois, c'est le jeu de la liberté ». On avait compris au début de la discussion de la loi que tels étaient les vrais principes, et ici nous retrouvons un nouvel argument en faveur de notre opinion, que le législateur n'a pas entendu donner à la dénationalisation un effet collectif. D'un commun accord, la commission du Sénat et le conseil d'État avaient proposé au Sénat d'appliquer la même solution à l'acquisition et à la perte de la qualité de Français, seulement pour l'acquisition de la qualité de Français la règle était sans exceptions, tandis qu'elle en comportait deux en cas de perte de la nationalité : dans le cas où le mineur n'acquerrait pas la nationalité étrangère à cause de la différence de législation et dans le cas où il continuerait à résider en France, il ne perdrait pas la qualité de Français. Ces deux exceptions étaient très rationnelles ; la première empêchait de créer des individus sans nationalité, la deuxième s'inspirait de cette idée du système italien, et de certaines autres législations étrangères, que l'enfant né citoyen d'un pays, y ayant vécu, en ayant les mœurs et les habitudes, ne saurait avoir que des sentiments d'attachement pour ce pays. Le Sénat, en première lecture, avait voté le texte suivant : « La perte de la qualité de Français dans les cas prévus aux paragraphes 1 et 2 ci-dessus s'étend à la femme et aux enfants mineurs s'ils ne résident plus en France, et si la nationalité nouvelle leur est acquise par le fait de la naturalisation à l'étranger de leur mari ou père ». Mais en deuxième délibération, ce texte a disparu, et il n'y a plus rien dans la loi à ce sujet.

La règle générale à formuler est donc celle-ci : que le père survivant, que la mère survivante, que les deux conjoints en même temps se fassent naturaliser à l'étran-

ger, cela laissera intact l'état des enfants mineurs. De là résultent deux conséquences :

1° La convention franco-suisse indiquée *suprà* (1) conserve toute son utilité : les mineurs dont les parents auront acquis la nationalité suisse continueront à avoir un droit d'option dans l'année de leur majorité. On ne saurait d'ailleurs soutenir que cette convention est abrogée par la loi actuelle : une loi, acte unilatéral, n'a pas le pouvoir d'abroger un traité, contrat synallagmatique. Reste à savoir si la Suisse ne dénoncera pas cette convention conclue, pour six années, maintenant que notre législation est à peu près semblable à la sienne ;

2° Nous aurons, dans nos rapports avec les pays qui admettent le système de la naturalisation collective, des individus à double nationalité qui seront véritablement victimes du défaut d'harmonie de notre législation. En effet, quoiqu'ils fassent, ils seront certainement traités comme réfractaires au point de vue du service militaire, soit en France, soit à l'étranger, suivant le parti qu'ils auront pris. Si on ne voulait pas leur permettre de devenir étrangers en même temps que leurs parents, il fallait au moins leur accorder un délai d'option pour la nationalité étrangère, et reculer l'appel sous les drapeaux jusqu'à l'expiration de ce délai. Il appartiendra à la diplomatie de trancher les difficultés par voie de convention.

(1) Page 68.

Section II. — *De la perte de la qualité de Français par le mineur seul.*

Le changement de nationalité suppose en principe une capacité juridique complète. La loi de 1889, qui a écarté ce principe lorsqu'il s'agit de l'acquisition de la qualité de Français par un étranger, a entendu le maintenir en cas de perte de la qualité de Français. Dans la loi nouvelle comme dans la loi ancienne, la dénationalisation d'un Français implique donc une pleine capacité : elle ne saurait s'appliquer à un mineur, même assisté de ses représentants légaux.

Mais, lorsque la perte de la qualité de Français est encourue à titre de peine, à titre de déchéance, pour avoir accepté du service militaire à l'étranger, ne doit-on pas imposer, même au mineur qui s'est enrôlé avec l'assistance de ses représentants légaux, la perte de la qualité de Français ?

La solution dépend du caractère que l'on donne à l'acte accompli par le mineur. En acceptant du service militaire à l'étranger avec le concours de ses représentants légaux, a-t-il commis un quasi-délit, dont il est responsable, ou bien a-t-il abdiqué, au sens propre du mot, la nationalité française, acte qui lui est interdit à cause de son jeune âge ?

La question s'est posée en 1887 devant le tribunal de Blidah, pour un individu né en Italie d'un Français, qui avait été porté sur les tableaux de recensement à Paris au moment où il servait dans l'armée italienne, dans laquelle il s'était engagé avec l'autorisation de son père. Le tribunal a décidé qu'il y avait eu perte de la nationa-

lité en se fondant sur ce que la prise du service à l'étranger sans autorisation constitue un délit civil que ne saurait excuser la minorité, parce qu'elle n'exclut pas le discernement. Il est allé même plus loin et a jugé, qu'à supposer même qu'il n'y ait pas eu délit civil, le mineur n'en avait pas moins, dans l'espèce, perdu sa nationalité, parce que « l'engagement volontaire est un des actes pour lesquels le mineur a été, par dérogation au droit commun, habilité par le législateur ». (Article 374 du Code civil, modifié par l'article 26 de la loi du 21 mars 1832). M. de Folleville (1) soutient la même thèse que le tribunal, à savoir que dans l'acceptation par un mineur du service militaire à l'étranger il y a un délit civil, dont le mineur est responsable.

Nous ne saurions admettre cette opinion, combattue d'ailleurs par MM. Aubry et Rau et par Demolombe, et que la jurisprudence a repoussée à plusieurs reprises (2). Non, il n'y a pas là un délit civil. Ajoutons que si le mineur a agi de son propre mouvement, il n'a pas mesuré l'importance de son action, et s'il s'est enrôlé sous la pression de l'autorité paternelle, comme cela arrive souvent, il serait injuste qu'il fût déclaré responsable d'un tel acte. L'argument tiré de la loi de 1832 sur le recrutement ne porte pas davantage : le droit accordé exceptionnellement au mineur de quitter la maison paternelle pour s'enrôler ne vaut que dans ses rapports avec l'État auquel il appartient ; s'il lui était reconnu dans ses rapports avec un État étranger la loi aurait consacré une

(1) J. D. P. 1889, nos 1 et 11, page 118.

(2) Aubry et Rau, 1, p. 270 ; Demolombe, 1, p. 228. — Amiens, 24 janv. 1849, Sirey, 49, 2, 587. — Metz, Sirey, 49, 2, 310.

règle manifestement contraire aux intérêts français, et son but était tout autre.

Plus délicat est le point de savoir si tout au moins celui qui a pris du service en minorité à l'étranger n'encourt pas la perte de la nationalité française en restant après sa majorité sous les drapeaux. M. de Persigny, dans la circulaire ministérielle du 1er mai 1862 (1) admettait que les mineurs ne perdaient pas leur nationalité par l'engagement dans les armées étrangères ; mais « à la condition toutefois qu'ils aient cessé de servir à l'époque de leur majorité et qu'ils aient satisfait en France à la loi du recrutement ». M. Demolombe (2) formule la même restriction ; il y aurait alors ratification par un majeur d'un acte accompli en minorité : le jugement du tribunal de Blidah de 1887 énonce cette idée.

Nous pensons qu'il n'y a pas ratification : une fois lié par son engagement le mineur n'est plus libre ; il faut qu'il achève le temps pour lequel il a été incorporé. Et à ceux qui opposent au mineur devenu majeur ce service accompli en majorité, il peut répondre : *Feci, sed feci coactus.* Si, au contraire, à l'expiration du temps pour lequel il s'est engagé, il contractait un rengagement, il encourrait *ipso facto* la perte de la qualité de Français ; le rengagement est en effet un acte absolument libre.

La déchéance prononcée par l'article 17, § 4, contre « le Français » qui, sans autorisation du gouvernement, prend du service militaire à l'étranger, ne frappe donc que les Français majeurs.

Cette disposition, même limitée aux majeurs, ne nous

(1) D. P. 62, 2, 78.
(2) Demolombe, tome 1, p. 228.

en paraît pas moins mauvaise. La nécessité de l'autorisation du gouvernement est susceptible d'entraîner les conflits les plus graves, et en fait, nous avons déjà eu de ce chef des représentations diplomatiques.

De plus, pourquoi imposer cette perte de la qualité de Français à titre de peine? N'est-ce pas faire revivre ces espèces de *capitis diminutiones* du droit antique, condamnées par la plupart des législations? N'est-ce pas aussi créer des individus sans nationalité dans certains cas, ce qui, de l'avis de tous, est un mal international? La véritable sanction doit appartenir au Code pénal.

Nous résumerons ainsi les développements qui précèdent: un mineur ne saurait perdre sa nationalité française, ni seul, avec le concours de ses représentants légaux, et même à titre de peine, ni comme conséquence de la perte de la nationalité française par ses parents. C'est l'inverse de ce qui se passe en cas d'acquisition de la nationalité française.

CHAPITRE IV

INFLUENCE DE LA RÉINTÉGRATION DES PARENTS DANS LA QUALITÉ DE FRANÇAIS SUR LA NATIONALITÉ DE LEURS ENFANTS MINEURS.

§ 1. — *Considérations générales.*

Il y a des législations qui imposent les formalités de la naturalisation proprement dite à ceux de leurs anciens nationaux qui demandent à recouvrer leur nationalité primitive ; la situation des enfants mineurs est alors bien claire : ils sont traités comme les enfants d'un étranger d'origine qui sollicite sa naturalisation.

Il en est d'autres qui facilitent le retour à la nationalité d'origine ; elles tiennent compte du lien de la race et traitent l'ex-national comme un enfant prodigue que l'on accueille sur la simple manifestation de son repentir. La loi romaine avait la fiction du *jus postliminii* et *l'in integrum restitutio* ; la réintégration dans la qualité de romain s'opérait même avec effet rétroactif : le Romain était censé n'avoir jamais perdu sa qualité.

Dans l'ancien droit français, le roi accordait à ceux qui demandaient à être réintégrés des lettres de déclaration de naturalité qui avaient également un effet rétroactif. Le Code s'était rattaché à ce deuxième groupe de législations.

§ 2. — *Législation du Code.*

Les dispositions du Code sur l'ex-Français se trouvaient dans les articles 18, 19 et 21. Elles portaient que, sauf le cas où il avait perdu sa nationalité par l'acceptation du service militaire à l'étranger, l'ex-Français bénéficiait d'une naturalisation de faveur sous le nom de réintégration.

Quel était alors le sort des enfants mineurs quand la réintégration était obtenue par un chef de famille ?

Il y a eu controverse : les uns voulaient identifier le sort des enfants mineurs avec celui de leur père, les autres n'attribuaient à cette sorte de naturalisation privilégiée qu'un effet individuel.

C'est précisément à propos de cette hypothèse qu'a été faite la fameuse consultation de Duvergier. Il a développé avec beaucoup de force et de talent l'opinion que le mineur acquiert la qualité de Français en même temps que son père la recouvre et, élargissant la théorie, a soutenu que les principes de notre droit contenaient implicitement la consécration de cette règle : identité constante de la nationalité du père et de celle de l'enfant mineur. « Les rapports qui existent entre le père et ses enfants mineurs, écrivait-il, soit que l'on consulte la législation, soit que l'on considère les mœurs des nations civilisées, sont tellement intimes que la condition ou rang social, les biens, le domicile de l'un appartiennent aux autres. L'obligation de nourrir, d'élever, de soigner les enfants imposée par la loi et la nature, le droit de surveillance, de correction, celui d'administrer les biens et d'en jouir, enfin celui de consentir au ma-

riage, les devoirs réciproques de respect, d'obéissance, et d'amour font de la famille une association régie par un chef, subissant les vicissitudes qu'il éprouve, obéissant à la volonté qu'il exprime, participant aux avantages qu'il acquiert, à moins qu'une loi expresse n'élève un obstacle légal aux effets de cette étroite union. Le fils et le père se confondent tant que la législation n'établit pas entre eux de distinction ; le fils est la continuation du père ; le même nom les désigne, tant on a voulu les rapprocher de l'identité. Comment concevoir dès lors que les changements survenus dans la nationalité du père restent sans influence sur son fils mineur.... ?

Cette opinion était peut-être juste philosophiquement et en législation ; elle n'était point l'interprétation exacte de la loi. C'est ce qu'a décidé la jurisprudence dans divers arrêts, et notamment un jugement du tribunal de la Seine confirmé par la Cour de Paris (1).

La nationalité que l'enfant avait reçue en naissant était immuable pendant toute la durée de sa minorité. Il en résultait des inconvénients graves que la loi de 1882 a précisément eu pour objet de corriger dans les trois cas les plus fréquents, en permettant, à certaines conditions, aux enfants mineurs d'un père réintégré dans la qualité de Français d'opter définitivement pour la nationalité française.

La question s'était aussi posée devant les tribunaux pour les enfants mineurs d'une Française devenue étrangère par son mariage, et réintégrée dans la qualité de Française une fois devenue veuve. Il s'agissait de mineurs qui, après la réintégration de leur mère, avaient

(1) Sirey, 60, 2, 261, *Sic*, Aubry et Rau et Demolombe.

requis leur inscription sur les listes des candidats à l'École polytechnique. Le tribunal de la Seine, sans adopter l'opinion de Duvergier à savoir que les enfants ont suivi la nationalité de leur mère parce que, en veuvage, c'est elle qui détient la puissance paternelle, avait ordonné l'inscription des mineurs, sauf par eux à remplir lors de leur majorité les formalités nécessaires pour régulariser leur position. La Cour de Paris (1) rejeta cette décision en se fondant sur le caractère personnel de la réintégration. Elle ajoutait ce motif que l'ordre et l'intérêt public ne permettent pas qu'une femme change par sa seule volonté la nationalité que ses enfants ont reçue de leur père étranger.

La même raison qui avait amené la loi de 1882 provoqua celle de 1883. Elle permit l'acquisition de la qualité de Français dans trois cas limitativement déterminés aux mineurs nés en France d'une ex-Française réintégrée, qui avait perdu sa qualité par son mariage avec un étranger, et aux mineurs orphelins de père et de mère, nés en France d'une femme française mariée avec un étranger.

C'était toujours le système de la personnalité de la réintégration. Et la jurisprudence, en se prononçant en ce sens avait eu raison : la réintégration n'étant qu'une naturalisation facilitée, comme la naturalisation proprement dite, elle devait être personnelle dans ses conséquences.

(1) Arrêt de 1856, Sirey, 56, 2, 275.

§ 3. — *Législations étrangères.*

Un certain nombre, la plupart même des lois étrangères restent muettes sur la réintégration. Ce sont d'abord celles dans lesquelles l'acquisition de la nationalité est facilitée parce que l'avenir du pays est intéressé à un fort mouvement d'immigration. La naturalisation y est tellement accessible que la réintégration est sans utilité. Telles sont les législations des États-Unis, de la Confédération argentine, de la Bolivie et du Brésil. De même, en Europe, la plupart des lois ne font pas de différence entre l'ex-national et l'étranger. En Angleterre, l'acte du 12 mai 1870 érige même cette assimilation en règle dans son article 8. « Le citoyen britannique d'origine devenu étranger peut, s'il remplit les conditions et fournit les justifications exigées de l'étranger, demander et obtenir un certificat de réadmission ». Dans tous ces pays, les enfants sont traités comme des enfants d'étranger ordinaire. Spécialement, en Angleterre, les enfants mineurs, au même titre que les enfants d'un étranger naturalisé, seront considérés comme réinvestis dans la nationalité britannique en même temps que leurs parents s'ils ont habité pendant leur minorité en Angleterre avec leur père ou leur mère veuve.

En Hongrie, l'article 38 de la loi de 1875 pose, comme la loi anglaise, le principe que les mêmes dispositions s'appliquent au recouvrement de la nationalité et à la naturalisation. Mais il y a des dérogations. Aux termes de l'article 39 « celui qui a perdu la nationalité hongroise par dénationalisation ou absence peut la recouvrer, lors même qu'il ne reviendrait pas demeurer en

Hongrie ». Et puisque nous avons affaire à une législation qui consacre le système de la naturalisation collective les mineurs suivent le sort de leur père au point de vue de la nationalité. S'ils sont eux-mêmes d'anciens hongrois dénationalisés en même temps que leur père ils ont l'avantage d'être dispensés du stage de dix ans imposé par l'article 15 aux étrangers naturalisés qui veulent faire partie de l'Assemblée législative.

En cas de décès de son père, le mineur qui a perdu sa nationalité hongroise par voie de dénationalisation ou d'absence peut, aux termes de l'article 42 de la loi de 1875, être réintégré dans la nationalité hongroise. Il lui suffit pour cela d'être autorisé par son tuteur à en former la demande et d'avoir acquis « la bourgeoisie dans une commune de la monarchie hongroise ou obtenu la certitude de l'acquérir ».

Le mineur seul ne pourrait pas revenir à la nationalité hongroise du vivant de son père ; il serait obligé, pour cela, d'attendre l'âge de la majorité telle qu'elle est fixée par la loi de sa nouvelle patrie. Il y a au contraire des pays dans lesquels la naturalisation est acquise de plein droit. Tel l'Allemagne. Les Allemands qui ont perdu leur nationalité, sans avoir acquis une nationalité étrangère, sont réintégrés de plein droit dans la nationalité allemande par le seul fait de leur retour en Allemagne, et d'un établissement de domicile à titre permanent. Les enfants mineurs suivent certainement le sort de leurs parents, conformément au système de la naturalisation collective qui est celui de la loi allemande. Les lois ne spécifient pas un mode spécial de réintégration pour ceux qui, après avoir perdu leur nationalité allemande ont acquis une nationalité étrangère. Seu-

lement; le traité de naturalisation conclu à Berlin le 22 février 1868 avec les États-Unis porte que le retour de l'ex-allemand dans sa patrie d'origine emporte abandon de la nationalité américaine et il y a peut-être lieu d'en étendre les règles. Ici encore, le changement de nationalité atteindrait les enfants mineurs en même temps que leur père (1).

Telles sont les principales dispositions des législations étrangères sur la matière de la réintégration.

§ 4. — *Législation actuelle.*

Le projet Batbie déposé en 1882 se contentait d'accorder aux enfants mineurs d'un Français réintégré, et aux enfants mineurs d'une femme veuve qui recouvrait sa qualité de Française, qu'elle avait perdue par son mariage avec un étranger, un droit d'option pendant la minorité pour la nationalité française.

Un tout autre esprit anima le Conseil d'État et la commission du Sénat : ils estimèrent qu'il convenait, pour sauvegarder le principe de l'unité de la famille, d'attribuer à la réintégration des parents un caractère collectif.

Tout d'abord on admit que les enfants acquerraient *obligatoirement* la nationalité française en même temps que leurs parents seraient réintégrés, sous réserve du droit du gouvernement d'écarter les enfants qu'il jugerait indignes.

En deuxième lecture, le Sénat, plus timide, s'en tint à un système d'acquisition *facultative* de la nationalité française par les enfants : ils ne devenaient Français que si on le demandait formellement en leur nom, et que si le décret les visait expressément.

(1) Voir sur ces divers points Cogordan, p. 312 et 313.

A la Chambre, M. Antonin Dubost signala la nécessité d'une réforme plus radicale. « La situation des majeurs et même celle des mineurs, disait-il, est réglée de telle façon que presque dans tous les cas de recouvrement de la qualité de Français, l'unité de la famille est rompue ; les divers membres peuvent appartenir à des nationalités différentes, les règlements d'intérêts peuvent par là devenir très difficiles, sans qu'on ait songé à accorder aux uns et aux autres des facilités, pourtant bien légitimes, pour faire cesser un pareil état de choses ».

La Chambre des députés distingua deux hypothèses : celle de la réintégration ordinaire, et celle de la réintégration d'une veuve, après la dissolution du mariage ; dans le premier cas, elle décida que les enfants mineurs deviendraient Français de plein droit en même temps que leurs parents ; dans le second, que la qualité de Français pourrait être accordée aux enfants mineurs par le décret de réintégration de la mère, si elle le demandait, ou plus tard, par un décret spécial, à la requête du tuteur agissant avec l'approbation du conseil de famille.

Le Sénat corrigea le système de la Chambre en réservant à l'enfant ainsi réintégré un droit d'option à sa majorité pour sa nationalité d'origine.

On voit que l'œuvre législative a suivi la même évolution en cette matière que dans celle de la naturalisation ; et cela se comprend puisque la réintégration n'est qu'une naturalisation simplifiée.

Les deux textes qui furent adoptés définitivement sont les suivants :

Art. 18 : « Les enfants mineurs du père ou de la mère réintégré deviennent Français, à moins que dans l'année qui suivra leur majorité ils ne déclinent cette qualité

en se conformant aux dispositions de l'article 8, § 4 ».

Art. 19 : « Dans le cas où le mariage est dissous par la mort du mari, la qualité de Français peut être accordée par le même décret de réintégration aux enfants mineurs sur la demande de la mère, ou par un décret ultérieur si la demande en est faite par le tuteur avec l'approbation du conseil de famille ».

Donc, aux termes de l'article 18, qui est le texte fondamental sur la matière, toutes les fois que le père seul, la mère seule, ou que les deux conjoints en même temps obtiendront leur réintégration, *ipso facto* les enfants seront eux-mêmes réintégrés. Comme pour la naturalisation, la réintégration vaudra du jour de la publication du décret au *Bulletin des lois* ; comme l'enfant naturalisé, l'enfant réintégré deviendra Français, sous réserve de son droit d'option en majorité pour la nationalité étrangère ; comme lui, il sera inscrit sur les tableaux de recensement de la classe dont la formation suivra sa majorité, et sera tenu de prendre parti, relativement à son option, avant l'expiration de toute l'année que semble lui accorder la loi du 26 juin 1889, modifiée sur ce point par la loi du recrutement. Comme lui, il deviendra définitivement Français par le fait de sa participation sans protestation aux opérations du recrutement à l'âge de vingt ans, s'il a été porté sur les listes.

Sera-t-il soumis au stage de dix ans imposé aux étrangers naturalisés pour avoir l'aptitude à siéger dans les assemblées législatives ? A un moment des travaux préparatoires la question fut soulevée au sujet de la rédaction de l'article 19 qui était la suivante : « Dans le cas où le mariage est dissous par la mort, la réintégration de la veuve s'étend aux enfants mineurs, sauf disposition

contraire du décret de réintégration ». M. de Marcère critiqua l'expression « s'étend » comme de nature à faire croire que les enfants seraient traités comme s'ils étaient nés Français et par conséquent susceptibles d'entrer dès l'âge requis dans les Assemblées législatives. Sur cette observation le Sénat remplaça le mot « s'étend » par les mots « emporte la naturalisation ». Cet incident, au cours des débats, démontre que le législateur a entendu les soumettre au stage, et c'est avec raison. Ces enfants n'ont jamais été Français ; ils sont, il est vrai, de race française, à ce titre on leur accorde la faveur de ne point subir les formalités de la naturalisation proprement dite, mais c'est tout.

L'article 19 prévoit l'hypothèse spéciale où la réintégration est demandée par une veuve devenue étrangère par son mariage. Ici, la naturalisation des enfants n'a pas lieu de plein droit ; il faut qu'elle soit sollicitée par la mère au nom des enfants qui sont alors compris dans le décret de réintégration de la mère si le gouvernement les en juge dignes. Faute par la mère d'avoir agi pour ses enfants en même temps que pour elle, ils ne seront pas forclos, seulement pour demanderplus tard la qualité de Français en leur nom, leur tuteur aura besoin de l'autorisation du conseil de famille. La loi est muette sur la dissolution du mariage par le divorce ; c'est à dessein ; à la séance du 4 février 1887 M. Batbie s'est expliqué à cet égard, et il a été entendu qu'en ce cas les enfants conserveraient leur ancienne nationalité, l'un des époux n'ayant pas plutôt que l'autre le droit de modifier la nationalité des enfants.

Il n'est rien dit d'un droit d'option, lors de la majorité, pour leur nationalité d'origine au profit des enfants

qui seraient devenus Français, durant leur minorité, en même temps que leur mère veuve ; nous en concluons qu'ils sont devenus irrévocablement Français. Il y a ainsi une différence de traitement entre les enfants mineurs d'une femme ayant perdu la qualité de Française d'une autre façon que le mariage et ceux d'une femme qui l'a perdue par son mariage avec un étranger : ceux-là recouvreront la qualité de Français de plein droit au moment de la réintégration de leur mère veuve, mais sous réserve d'un droit de retour, lors de leur majorité, à leur nationalité primitive, ceux-ci auront simplement une facilité particulière pour devenir Français, mais Français d'une façon irrévocable ; les premiers seront au point de vue militaire traités comme des Français sous condition résolutoire, les autres comme de véritables Français d'origine. Pourquoi cette différence de traitement ? Nous n'en trouvons aucune bonne raison. On peut seulement se rendre compte par l'examen des travaux préparatoires de l'antinomie des deux textes. Le législateur hésita beaucoup sur les règles à établir concernant les enfants mineurs d'un étranger naturalisé en France ou d'un ex-Français réintégré. A un moment des travaux préparatoires le Sénat s'était arrêté au système suivant : ces enfants ne devaient pas être Français de plein droit ; on leur accorderait simplement des facilités particulières, encore plus grandes que dans les lois de 1882 et de 1883, pour acquérir la nationalité française ; ce système fut appliqué d'une façon uniforme, lors de la deuxième délibération du Sénat dans les articles 12, 18 et 19. L'article 19 se trouvait de la sorte en harmonie avec les autres. Mais lorsque le projet vint à la Chambre cette idée fut

abandonnée, et le système du Conseil d'État qui consistait à accorder de plein droit la nationalité française aux enfants mineurs triompha. On aurait dû l'appliquer à l'article 19 comme aux deux autres ; on ne le fit pas ; de là une véritable anomalie, car ces enfants dont le père est étranger, qui ont probablement vécu à l'étranger, où peut-être même ils ont leurs intérêts, sont plus que tous autres susceptibles de vouloir revenir à leur nationalité d'origine.

Ce défaut d'harmonie ne tient cependant pas à un oubli. M. Clément, dont le but était de faire voter définitivement le système du Sénat, l'a signalé avec insistance. Chose étonnante, l'antinomie fut niée. Elle nous paraît si claire, si évidente qu'il nous semble impossible de modifier l'un ou l'autre de ces deux articles par voie d'interprétation.

Une réforme législative s'impose : le droit accordé à la veuve de changer la nationalité de ses enfants mineurs, très critiquable en thèse générale, même lorsqu'elle a été astreinte à un stage de domicile ou de résidence en France, l'est particulièrement lorsqu'il a pour conséquence d'arracher, *de plano* et sans stage, à des enfants une nationalité qu'ils ont reçue de leur père. Les enfants d'une veuve naturalisée auront probablement vécu avec elle en France et auront appris à aimer notre pays ; en tout cas ils auront toujours la ressource d'opter à leur majorité pour leur nationalité d'origine ; dans notre hypothèse au contraire, il n'y a point de stage, point de délai, point de garanties de sentiments vraiment français ; par le fait seul qu'ils n'en auront pas paru indigne, les enfants seront compris dans le décret

de réintégration sur la demande de leur mère et deviendront définitivement Français.

Dans toutes les hypothèses que nous venons de parcourir les mineurs deviennent Français par suite de la réintégration de leur auteur.

Une question spéciale se pose pour la femme mineure.

Veuve en minorité, redeviendra-t-elle française par le simple accomplissement, avec le concours des personnes dont l'intervention est nécessaire pour l'habiliter au mariage, des formalités imposées à la veuve majeure?

La question était déjà discutée avant la loi de 1889. Nous considérons la réintégration comme une conséquence du mariage. Par conséquent, conformément à l'adage *habilis ad nuptias, habilis ad consequentias nuptiarum*, la veuve mineure réclamera utilement sa réintégration.

CHAPITRE V

INFLUENCE DES ANNEXIONS DE TERRITOIRES SUR LA NATIONALITÉ DES ENFANTS MINEURS.

Section I. — *Théorie générale.*

En cas de cession de territoire, le droit des gens admet deux principes dont nous n'avons pas plus à examiner ici la légitimité que celle des cessions en elles-mêmes :

1° Les habitants du pays annexé prennent la nationalité du pays annexant ;

2° Ils ont un droit d'option dans un délai déterminé pour leur nationalité d'origine.

Ces règles, dans leur application aux mineurs, soulèvent des difficultés spéciales.

Et d'abord, quels sont exactement ces « habitants » dont la nationalité sera affectée par l'annexion ?

On conçoit théoriquement pour leur détermination plusieurs systèmes :

1° Système des originaires : dans cette opinion on décide que tous les originaires c'est-à-dire les individus nés dans les pays cédés, perdent leur nationalité. On se fonde sur l'attachement profond et presque indestructible que l'homme a pour le lieu de sa naissance ; s'il le quitte, dit-on, ce n'est souvent que pour y revenir finir ses jours. On oublie que l'origine seule peut n'être qu'un fait accidentel qui n'implique aucune idée d'affection

On donne, il est vrai, quelquefois au mot originaire un sens qui écarte la force de cet argument : l'originaire serait celui qui est né dans un pays où son père est né. Ainsi présentée, la théorie serait beaucoup plus acceptable.

Un 2e système, dont l'auteur est M. Cauwès, professeur à la faculté de droit de Paris, applique la règle de la dénationalisation tantôt aux *domiciliés*, tantôt aux *originaires*, aux domiciliés dans un État un, aux originaires dans un État fédéral, parce qu'ici le lien de l'origine est beaucoup plus étroit.

3e système : sont seuls atteints les *originaires domiciliés*. Dans cette opinion on soutient que ce n'est pas trop de la réunion de ces deux conditions pour imposer une dénationalisation. Elle se recommande de la tradition ; c'est en effet celle que paraît avoir adoptée Pothier. « Il est certain, disait-il, que lorsqu'une province est réunie à la couronne ses *habitants* doivent être regardés comme Français naturels, soit qu'ils y soient *nés* avant ou après la réunion (1). Ce système est difficilement acceptable pour l'État annexant parce qu'il permettrait à tous les simples domiciliés de rester sur le territoire conquis et d'y entretenir l'agitation. Il resterait bien contre eux la ressource de l'expulsion ; mais ce moyen, appliqué en masse, n'est pas sans présenter de graves dangers dans les rapports internationaux.

4e système. La vraie théorie est celle qui fait perdre leur nationalité à tous ceux qui sont domiciliés sur le territoire cédé ; elle seule répond sans exagération à l'intérêt d'ordre public qui motive la dénationalisation des habitants. On la combine quelquefois avec la théorie

(1) Pothier, *Traité des personnes.*

de l'origine en sorte que tous les domiciliés et tous les originaires seraient atteints : une telle solution est abusive en ce qu'elle enlève à l'État démembré une quantité de sujets plus considérable que n'en comporte l'étendue du territoire cédé.

Notre double critérium théorique admis, dénationalisation des domiciliés, et faculté d'option pour la nationalité d'origine, c'est une question que de savoir si les mineurs ont un droit d'option personnel en faveur de leur nationalité d'origine, ou s'ils sont tenus de suivre le choix du chef de famille avec qui ils se trouvent dénationalisés, puisque le domicile du mineur est chez ses parents.

En matière de naturalisation ordinaire on se trouve porté à admettre que l'option du chef de famille, soit pour la conservation de sa nationalité antérieure, soit pour l'acquisition de la nouvelle nationalité influera sur le sort des enfants ; en effet la naturalisation est de la part d'un chef de famille un acte réfléchi et volontaire ; s'il change c'est qu'il y voit son intérêt, et il est probable que l'intérêt de ses enfants est le même que le sien. Cette considération jointe à celle que l'unité de la famille est à tous égards une bonne chose, nous a fait approuver le système de la naturalisation collective.

Lors au contraire qu'il y a cession de territoire, les habitants qui abandonnent leur ancienne nationalité le font malgré eux ; c'est une nationalité nouvelle imposée qu'ils acceptent; il y a *voluntas,* mais *voluntas coacta*, en sorte qu'on est plutôt enclin à séparer les enfants du sort de leurs parents. Nous déciderons donc que les enfants mineurs ont un droit d'option personnel.

Étant admis que le mineur a un droit d'option indé-

pendant de celui du père, en aura-t-il l'exercice en minorité, ou bien le délai à lui imparti ne commencera-t-il à courir qu'à partir de sa majorité? En suspendant le délai, on appliquerait la règle très logique : *Contra non valentem, non currit præscriptio*, et on respecterait mieux les droits inaliénables des annexés. Un tel système n'est guère praticable ; il sera à peu près toujours écarté au nom de l'ordre public, il est mauvais en ce qu'il laisse la nationalité indécise pendant des années ; il est presque inacceptable en ce qu'il prolonge une situation provisoire que l'État cessionnaire a le désir légitime de faire cesser au plus vite, car des options renouvelées chaque année entretiendraient une sorte d'agitation qui risquerait fort de prendre le caractère de manifestations périodiques.

Force est donc de se rallier au système qui autorise le mineur à opter personnellement dans le même délai que le majeur, avec le concours de ses représentants légaux. Certes, il est loin d'être parfait : si le mineur est un *infans*, et même s'il a déjà le discernement de ses actes, il arrivera le plus souvent que l'assistance du père de famille se traduira en réalité par la manifestation de sa volonté personnelle. Mais, outre qu'il est le plus acceptable pour l'État annexant, il favorise la réalisation d'une sorte de transaction qu'on ne saurait blâmer et dont l'expérience nous offre de nombreux exemples : le père de famille, dont tous les intérêts seraient peut-être sacrifiés par l'émigration qu'exige l'État cessionnaire de la part des optants pour la nationalité d'origine, accepte la nouvelle nationalité, mais en même temps ses enfants optent avec son assistance pour l'État cédant ; de la sorte, sa famille n'est pas atteinte dans sa nationa-

lité, et en même temps ses intérêts sont sauvegardés.

Si toutefois la cession de territoire était le résultat d'un arrangement amiable et comme la consécration du vœu des populations, ce qui arrivera rarement, il serait préférable de reculer l'option jusqu'après la majorité : l'État cessionnaire n'est ici exposé à aucun danger d'agitation, et la liberté la plus illimitée est toujours le mieux quand on n'a pas à en redouter les conséquences. Ce système a été adopté dans le traité signé entre la France et la Suède pour la rétrocession de l'île St-Barthélemy, et, dans l'espèce, aucun tiraillement n'était à craindre : 350 voix sur 351 votants avaient opté pour la France.

Les habitants à qui le droit d'option est accordé, deviennent-ils sujets de l'État annexant sous la condition résolutoire de leur option, ou leur nationalité reste-t-elle en suspens pendant toute la durée du délai d'option, en sorte qu'au jour de l'option pour la nationalité d'origine, ils seront censés n'avoir jamais changé de nationalité ? Cette dernière solution nous paraît la meilleure ; elle évite des changements de nationalité inutiles et susceptibles de créer de grosses difficultés à divers points de vue, notamment en cas d'ouverture d'une succession pendant les délais d'option.

En résumé donc, notre théorie est la suivante :

1° Tous les mineurs sujets de l'État cédant, domiciliés sur le territoire cédé, sont dénationalisés, en cas d'inaction de leur part ;

2° Ils ont un droit d'option personnel pour leur nationalité d'origine, et leur option opère rétroactivement au jour de la séparation de territoire ;

3° L'exercice de ce droit leur est accordé, avec le con-

cours de leurs représentants légaux dans le même délai qu'aux majeurs.

Section II. — *Influence que les annexions de territoire ont exercée sur la nationalité des mineurs aux principales époques de notre histoire durant ce siècle.*

§ 1. — *Article* 17 *du traité de Paris, et loi de* 1814.

Lors du démembrement de l'empire de Napoléon, en 1814, un souffle de réaction poussa la majorité des Français à considérer l'époque révolutionnaire et impériale comme n'ayant jamais existé : le roi s'était mis à la tête du mouvement en datant ses ordonnances de la vingtième année de son règne. La jurisprudence considéra les pays annexés à la France comme n'étant devenus Français que sous la condition résolutoire de la séparation future, en sorte que, cette condition accomplie, ils étaient censés n'avoir jamais été Français. Elle décida comme conséquence de cette idée que la nationalité française serait rétroactivement perdue pour les *originaires* c'est-à-dire pour ceux qui étaient citoyens des pays annexés à la France au moment de leur réunion, ou qui le seraient devenus sans cette réunion. Avec le jeu de la condition résolutoire on arrivait à cette déduction que le Belge d'origine devenu Français par la cession de la Belgique à la France était censé avoir toujours eu la nationalité belge, par conséquent les enfants mineurs, nés en Belgique d'un Belge d'origine pendant la période d'annexion à la France, étaient réputés avoir acquis la nationalité belge du jour de leur naissance ; il en était de même pour ceux qui étaient nés sur le territoire fran-

çais, sauf pour eux à invoquer le bénéfice de l'article 9 du Code civil, faveur qui était refusée aux premiers, puisque la Belgique était censée n'avoir jamais été terre française.

Enfin, dans cette opinion, tous les originaires des pays démembrés qui voulaient rester Français devaient se soumettre aux formalités de la naturalisation.

Cette interprétation, que les seuls originaires des pays annexés à la France perdaient leur nationalité française par la rétrocession, et cela d'une façon rétroactive, était contraire à l'article 17 du traité de Paris du 30 avril 1814, ainsi conçu : Dans les pays, « qui doivent ou devront changer de maître, tant en vertu du présent traité que des arrangements qui doivent être faits en conséquence, il sera accordé aux *habitants naturels ou étrangers,* de quelque condition ou nation qu'ils soient, un espace de six ans, à compter de l'échange des ratifications, pour disposer, s'ils le jugent convenable, de leurs propriétés, et se retirer dans tel pays qu'il leur plaira de choisir ». Il semble que, d'après les termes mêmes de la disposition précitée, la dénationalisation atteignait non pas les *originaires* comme l'a dit la jurisprudence, mais les domiciliés, et même certains domiciliés (habitants étrangers) qui n'auraient jamais été sujets des États annexés à la France, si cette annexion n'avait pas eu lieu. Seulement, conformément à la doctrine de Pothier et à une tradition constante qui avait été suivie dans les traités de Ryswick (1697) et de Campo-Formio (1797), un délai était accordé aux habitants ou domiciliés pour éviter, par l'émigration, la perte de la qualité de Français. Par suite, dans notre doctrine, les mineurs ne devaient subir un changement de nationalité qu'en tant

que domiciliés avec leurs parents sur les territoires démembrés, et ceux dont les parents étaient originaires de ces territoires, ou qui l'étaient eux-mêmes, sans remplir la condition de domicile actuel n'étaient pas frappés dans leur statut.

D'autre part, comme l'article 17 du traité ne stipulait aucune rétroactivité, même nés en Belgique, pendant qu'elle était annexée à la France et y domiciliés, les mineurs pouvaient invoquer l'article 9 du Code civil (1).

La rigueur du système opposé, qui arrachait à la France des individus qui l'avaient loyalement servie, même sur les champs de bataille, fit considérer la loi du 14 octobre 1814 comme une loi de faveur.

Cette loi divisait les *habitants*, et ici *habitant* est pris dans le sens de « *originaire* » des pays cédés, en trois catégories : 1° ceux qui habitaient depuis dix ans, à compter de leur majorité, les territoires laissésà la France ; ils devenaient Français à la condition de déclarer dans le délai de trois mois qu'ils persistaient dans la volonté de se fixer en France ; des lettres de déclaration de nationalité devaient leur être délivrées ; 2 ceux qui les habitaient depuis moins de dix ans ; ils acquerraient la qualité de Français à l'expiration de leurs dix années, à la charge de faire dans le même délai la déclaration susdite ; 3° ceux qui n'avaient pas quitté les territoires séparés de la France ; ils étaient soumis aux formalités de la naturalisation ordinaire.

Il n'était rien dit des mineurs, de là des difficultés. Au cas où les individus des deux premières catégories n'auraient pas déclaré dans les trois mois qu'ils persis-

(1) *Revue critique* 1884, p. 725 ; Cass., J. D. P. 1883, p. 49 et 505, 1884, p. 628.

taient à se fixer en France, comment convenait-il de traiter les mineurs, fallait-il les déclarer déchus du droit de faire leur déclaration eux-mêmes et leur imposer la nationalité de leur père, ou bien leur accorder un délai personnel, par respect pour le principe de la liberté individuelle ? Des Cours ont décidé que l'enfant mineur n'avait pas pu perdre sa nationalité par le fait ou l'incurie de son père (1). D'autres, en plus grand nombre, ont jugé que la déchéance du père avait entraîné celle de l'enfant (2). Dans cette opinion, qui a triomphé, on dit que les individus étant devenus Français par la conquête rien n'est plus naturel qu'ils redeviennent étrangers par le même mode ; c'est comme une application du mot de Montesquieu : « Le droit de conquête n'est pas un droit ». Un événement général avait réuni à la France des familles entières, le même événement en sens inverse les en sépare. Cette thèse a été développée dans le rapport qui précède l'arrêt de Cassation du 16 juillet 1834 (3). Le Conseiller rapporteur disait notamment : « C'est comme fils d'un citoyen de la Belgique réunie à la France que cet enfant avait acquis la nationalité française, c'est comme fils d'un citoyen de la Belgique séparée de la France qu'il perd cette nationalité, et c'est ainsi par cet événement général, et nullement par le prétendu fait ou non fait de son père, que cet enfant est dépouillé de la même nationalité ».

Dans l'opinion adverse au contraire on tendait à appliquer à l'enfant les principes généraux du droit d'a-

(1) Douai, 28 mars 1831, D. P., 31, 2, 223. Nancy, 29 nov. 1849, D. P., Sirey, 51, 2, 35.

(2) Lyon, 2 août 1827, D. P., 28, 2, 56. Grenoble, 18 fév. 1831, D. P., 34, 2, 53. Douai, 17 janv. 1848, D. P., 49, 2.

(3) D. P. 34, 1, 305.

près lesquels le sort de l'enfant, quant à la nationalité, était indépendant de celui de son père.

A l'inverse, si le père avait fait la déclaration requise, dans les trois mois, valait-elle pour lui seul ou pour ses enfants en même temps ? Ici la controverse est née des mots « lettres de déclaration de naturalité ».

La majorité des auteurs décide que l'effet de la déclaration du père était collectif. Ils se fondent sur la distinction qui existait dans l'ancien droit entre les lettres de déclaration de naturalité, qui étendaient leurs effets aux enfants de la personne qui les avait obtenues, et les lettres de naturalité dont l'effet était individuel. Nous ne pensons pas que les rédacteurs de la loi de 1814 aient songé à cette distinction et nous inclinons à croire que les lettres de naturalisation conférées en vertu de la loi de 1814 opéraient individuellement (1).

§ 2. — *Traité de* 1860 (*Annexion de Nice et de la Savoie*).

La question de la nationalité des mineurs se posa en sens inverse en 1860, à l'occasion de l'annexion à la France de Nice et de la Savoie.

Relativement aux majeurs, l'article 6 du traité signé à Turin le 24 mars 1860 contenait la disposition suivante : « Les sujets sardes, originaires de la Savoie et de l'arrondissement de Nice, ou domiciliés actuellement dans ces provinces, qui entendront conserver la nationalité Sarde jouiront, pendant l'espace d'un an à partir de l'échange des ratifications, et moyennant une déclaration préalable

(1) Cass., 12 juin 1874, S. 78, 1, 45.

faite à l'autorité compétente, de la faculté de transporter leur domicile en Italie et de s'y fixer, auquel cas la qualité de citoyen sarde leur sera maintenue ».

Il résulte de ce texte que la dénationalisation s'appliquait à tous les originaires et à tous les domiciliés, mais que la faculté leur était réservée de conserver la nationalité sarde, à la condition d'en manifester l'intention par voie de déclaration et de se fixer en Italie, le tout dans un délai d'un an.

Il n'était rien dit des mineurs. Dans une circonstance comme celle-là où il y avait eu cession amiable il eût été facile, semble-t-il, d'arriver à une entente à leur sujet, et des négociations diplomatiques eussent dû être engagées à cet égard. Au lieu de cela on laissa la jurisprudence se lancer dans des interprétations divergentes, et créer un état d'incertitude dont nous ne sommes pas encore sortis. Il y a bien eu un décret rendu le 30 juin dont l'article 2 visait les mineurs. Loin d'éclaircir la question, il n'a fait que l'embrouiller. L'idée fondamentale en est en effet diamétralement opposée à celle du traité. Il est ainsi conçu : « Les sujets sardes encore mineurs nés en Savoie et dans l'arrondissement de Nice pourront, dans l'année qui suivra l'époque de leur majorité, réclamer la qualité de Français en se conformant à l'article 9 du Code Napoléon ». Qu'est-ce à dire sinon que provisoirement ils sont Italiens ? Or est-il admissible que le gouvernement français ait voulu spontanément, et par un acte unilatéral, créer à l'égard des mineurs une situation différente de celle des majeurs, qui eux, devenaient *ipso jure* Français à moins de déclaration contraire, et cela de par le traité, acte bilatéral qui d'ailleurs ne distingue pas entre majeurs et mineurs ?

Nous verrons plus loin le cas qu'il y a lieu de faire de ce malencontreux décret.

La question de savoir si la clause de l'article 6 était applicable aux mineurs se posa en même temps devant les tribunaux de St-Jean-de-Maurienne et de Chambéry ; il s'agissait, dans ces espèces, de mineurs qui avaient opté pour la nationalité italienne avec le concours de leurs parents qui, eux, avaient adhéré à la nationalité française. Le tribunal de St-Jean-de-Maurienne valida l'option en se fondant précisément sur ce que l'article 6 du traité ne distingue pas entre les majeurs et les mineurs et sur ce que l'option n'a point été interdite à ceux-ci; décider autrement, c'eût été retirer à tous les mineurs un droit reconnu aux majeurs, c'eût été par conséquent leur faire un grief de leur minorité en les traitant plus défavorablement.

Pour la Cour de Chambéry, l'article 6 du traité de Turin n'est pas applicable aux mineurs qui suivent nécessairement la nationalité de leur père. C'est un souvenir des arrêts rendus relativement aux fils des originaires des territoires cédés par la France en 1814. Mais il faut remarquer que l'analogie est forcée : il n'y avait pas eu, dans le cas particulier, annexion suivie peu après d'une séparation de territoire comme au commencement du siècle. Quoiqu'il en soit, cet arrêt a fait jurisprudence, et l'administration elle-même s'est rangée à cette doctrine.

Ainsi, d'après la Cour, en aucun cas, le mineur ne pouvait avoir une nationalité différente de celle de son père, tandis que, d'après le tribunal, l'option du mineur dans l'année à compter de la ratification du traité était valable avec le concours de ses représentants légaux.

Le 28 mars 1887 une nouvelle espèce se présenta devant le tribunal de Nice : il s'agissait d'un mineur dont la mère tutrice légale avait opté elle-même pour la Sardaigne et avait autorisé son fils à opter dans l'année à compter de la ratification. Il jugea : 1° que n'est pas valable l'option qu'un mineur a faite lui-même avec l'assistance de sa mère tutrice légale, et pour les motifs suivants : dans le silence des traités relativement aux mineurs il faut s'en référer aux principes généraux ; d'après ces principes, contenus notamment dans l'article 9 du Code et dans la loi de 1851, un mineur ne saurait disposer de sa nationalité avant sa majorité, mais comme d'autre part l'incapacité du mineur ne saurait équitablement être une déchéance pour lui, on a dû décider implicitement, lors du traité, que, pour eux, le délai d'un an commençait à courir à l'époque de la majorité. Le tribunal décidait ainsi que le mineur a un droit propre d'option dont l'exercice lui appartient dans l'année à compter de sa majorité ; 2° que l'option de la mère tutrice légale était sans effet sur l'état du mineur parce que la nationalité du mineur est absolument indépendante de celle des parents.

La Cour d'Aix n'a pas confirmé cette décision et, conformément à la jurisprudence constante inaugurée par la Cour de Chambéry, elle a décidé que le mineur n'a aucun droit propre d'option.

Que décider en présence de ces trois solutions différentes, l'une de St-Jean-de-Maurienne, l'autre des Cours d'appel, la dernière du tribunal de Nice, et qui sont celles que théoriquement nous avons ci-dessus indiquées comme possibles ?

Il faut convenir que, quelque opinion qu'on adopte,

on se trouve conduit à des conséquences difficilement acceptables.

En décidant avec les Cours que les mineurs n'ont pas un droit d'option à vingt et un ans, on posera en principe avec elles que le mineur suit la condition de son père, ce qui dans les principes antérieurs à notre législation de 1889 est radicalement faux et anti-juridique ; d'autre part si l'on admet avec le tribunal de Nice que le droit d'option s'exercera dans l'année à compter de la majorité, l'enfant aura pendant des années une nationalité incertaine, son service militaire se trouvera forcément retardé et, ce qui est plus grave, on se trouvera en désaccord avec les termes du traité qui ne visent que le délai unique d'une année « à partir de l'échange des ratifications ».

A notre avis, il faut en revenir à la décision du tribunal de St-Jean-de-Maurienne : les mineurs ont le même droit que les majeurs, pourvu qu'ils soient assistés de leurs représentants légaux. La loi française, il est vrai, n'admettait pas le changement de nationalité de la part d'un mineur, et ce système suppose ce fait impossible que le mineur a, contrairement à l'article 108, un domicile distinct de celui des parents. Nous accordons cela, mais, quant au droit de disposer de sa nationalité, un traité a pu déroger à la règle générale, et quant à l'attribution d'un domicile distinct au mineur par suite de l'émigration elle se conçoit très bien si l'on observe qu'il s'agit ici non pas d'un domicile juridique, mais d'un domicile de fait.

Mais que devient l'article 2 du décret du 30 juin 1860 ? On en a donné de multiples explications. Elles nous paraissent avoir le défaut d'être arbitraires et sans fondement juridique. Nous nous rangeons à cette opinion que

le décret est le résultat d'une méprise et qu'il n'y a pas à en tenir compte. Le rapport à l'empereur qui le précède est inintelligible, et voici ce que dit M. Alauzet du décret lui-même.

« J'étais, depuis 12 ans, à l'époque où ce décret a été rendu, chef de la division du sceau au ministère de la justice, et je ne sais si je dois dégager la responsabilité qui pourrait m'être attribuée. J'avais pour directeur un ancien officier de marine porté à ce poste par les événements politiques et très curieux de se donner de l'importance. Le décret fut préparé par lui seul, sans que je fusse consulté, et présenté par lui à la signature d'un garde des sceaux très intelligent, qui le signa sans le lire, conformément à un usage qui s'était établi à cette époque, et qui s'est perpétué. Je puis donc affirmer que ce décret n'est autre chose qu'un non sens, et le fruit de l'ignorance d'un directeur incapable et de l'inadvertance ou de la paresse d'un ministre intelligent et instruit ». — C'est concluant.

Nous en restons donc à la solution que nous avons indiquée : les mineurs Savoisiens-Niçois avaient, en vertu du traité, un droit d'option personnel pour l'Italie, dont l'exercice leur appartenait, avec le concours de leurs représentants légaux, dans le délai d'un an à partir de la ratification des traités. Bien entendu leur option devait être suivie d'une émigration. L'émigration est la règle après une option.

Toutefois, relativement aux enfants mineurs au moment de l'annexion, nés en Savoie ou dans le Comté de Nice de parents originaires de provinces restées italiennes, une règle spéciale résulte d'un accord intervenu

entre les gouvernements italien et français en 1874 (1).

Rigoureusement il y avait lieu d'appliquer l'article 6 du traité de Turin, qui fixe la nationalité des originaires: faute d'option pour l'Italie les mineurs étaient devenus Français. Mais on arrivait à ce résultat que bon nombre de jeunes gens ne se rattachant aux pays annexés à la France que par le fait accidentel de la naissance pendant le passage ou le séjour de leurs parents sur ces territoires, et définitivement établis en Italie, se réclamaient de la qualité de Français uniquement dans le but, peu digne d'encouragement, d'échapper au service militaire en Italie. Ils se gardaient bien d'ailleurs de venir l'accomplir en France. Le Gouvernement français voulut bien, sur la demande de l'Italie, les considérer comme Italiens jusqu'à leur majorité, et comme tels, ils sont inscrits sur les rôles de la levée en Italie. Un droit d'option en faveur de la France leur est accordé après leur majorité.

§ 3. — *Traité de Francfort* (*Annexion à la Prusse de l'Alsace-Lorraine*).

A la suite de négociations diplomatiques très laborieuses il avait été convenu entre les deux gouvernements français et allemand que les individus atteints dans leur statut par l'annexion étaient : 1° les originaires domiciliés sur les territoires séparés de la France ; 2° les originaires, non domiciliés, et ici *originaire* est synonyme d'individu né en Alsace-Lorraine (2).

Pour rester Français les premiers devaient opter et

(1) J. D. P. 1877, p. 105.
(2) Traité du 10 mai et Convention de Francfort du 11 décembre 1871.

transporter leur domicile effectif hors d'Alsace-Lorraine avant le 1er octobre 1872, les seconds devaient seulement faire une déclaration d'option avant cette même date.

Mais le gouvernement allemand émit et maintint la prétention d'atteindre aussi les simples domiciliés, faute par eux d'avoir émigré avant le 1er octobre 1872. La France réclama vainement ; elle en fut réduite à signaler le désaccord aux intéressés par une note insérée au *Journal officiel* du 14 septembre 1872.

La situation des mineurs, dont il n'avait pas été question dans le traité du 10 mai, fut envisagée dans les négociations qui suivirent, et qui eurent lieu à Francfort. Il ressort de l'exposé des motifs du projet de loi portant ratification de la Convention additionnelle de Francfort (1) que le Gouvernement français demanda pour eux l'application du système le plus favorable : droit d'option, personnel, et réservé jusqu'à la majorité. Les négociateurs allemands repoussèrent cette proposition ; mais ils reconnurent, telle fut du moins l'interprétation du gouvernement français, aux mineurs un droit d'option personnel à exercer durant la minorité. En effet, dans les procès-verbaux des 6 et 13 juillet 1871, il était dit : « que le concours de leurs représentants légaux leur serait nécessaire pour la déclaration d'option (2), et cela sans distinction entre les mineurs non émancipés et les mineurs émancipés. C'était bien leur accorder un droit d'option personnel. Telle fut l'interprétation de M. Dufaure dans une circulaire du 30 mai 1872 (3) : « Nos plénipotentiaires, malgré les plus vives instances n'ont pas

(1) Villefort, tome 2, page 190.
(2) Villefort, tome 1, page 133, protocole n° 1.
(3) Villefort, tome 2, page 284.

réussi à faire insérer dans la Convention une clause réservant aux mineurs le droit d'opter à leur majorité pour la nationalité de leur choix. Le Gouvernement allemand a toujours répondu qu'il n'y avait aucune distinction à établir entre les majeurs et les mineurs, que les conditions et délais établis par les traités étaient applicables à ces derniers, mais ils ont ajouté que leurs déclarations seraient valablement faites avec le concours de leurs représentants légaux ».

Le droit d'option pour les mineurs résultait donc bien des conférences de Francfort.

Mais à la même époque une ordonnance rendue le 16 mars 1872 par M. Moëller, président supérieur d'Alsace-Lorraine, réduisit tout cela à néant (1). Elle distingue entre les mineurs non émancipés et les mineurs émancipés ; ceux-là ne peuvent opter, ni de leur chef, ni par l'intermédiaire de leurs représentants légaux en se séparant d'eux ; si leurs parents sont encore en vie ils suivent nécessairement la nationalité du père ; s'ils ont un tuteur, son option personnelle vaut pour eux, à la condition d'être approuvée par le conseil de famille.

Le Gouvernement français réclama. M. d'Arnim lui répondit le 16 juillet que la distinction était fondée sur notre article 108, aux termes duquel les enfants mineurs non émancipés ont leur domicile chez leurs parents. Il en concluait que les enfants des Alsaciens-Lorrains restés sur les territoires annexés sont demeurés allemands comme leurs parents, parce qu'ils n'ont pas pu et ne peuvent pas réaliser une condition expresse du maintien de la qualité de Français : le transfert du domicile hors d'Alsace-Lorraine. L'argument n'était que spécieux ; en effet

(1) *Recueil des traités*, tome 2, page 534.

l'article 108 parle du domicile juridique, mais que voulait le traité de 1871 ? Non pas le transfert d'un domicile purement juridique, mais du domicile effectif; il voulait que l'Alsace ne fût pas peuplée d'habitants restés français, il voulait en un mot une émigration. Dès lors il n'y avait aucun obstacle à accorder aux mineurs le droit d'opter en transportant un domicile de fait. En tout cas, les dispositions de la loi française n'auraient pas dû nous être retournées : elles sont lettre morte en présence d'un traité qui dispose différemment.

Pour les mineurs émancipés l'ordonnance distingue. La disposition ci-dessus s'applique aussi à eux, s'ils sont nés en Alsace-Lorraine; les autres ont un droit d'option propre. C'est sans doute parce qu'on leur reconnaît la possibilité de réaliser, en leur qualité d'émancipés, la condition de transporter leur domicile ailleurs. Mais alors pourquoi n'avoir pas accordé ce droit d'option aux mineurs émancipés nés en Alsace-Lorraine? On répondit que leur qualité de natifs d'Alsace-Lorraine les obligeait non seulement comme les autres à un simple transfert de domicile, mais encore à une déclaration expresse d'option, et dans une note du 15 juillet 1872 le Gouvernement impérial déclara qu'il « ne saurait admettre qu'aux droits limités que la loi accorde par suite de l'émancipation et qui tous concernent l'administration de la fortune vinssent se joindre, dans le cas présent, le droit de changer de nationalité ». La réponse à l'objection n'est pas difficile : si c'est une dérogation de permettre à des mineurs, assistés de leurs représentants légaux, de statuer sur leur nationalité, c'est une dérogation que la loi allemande reconnaît elle-même aux mi-

neurs à certaines conditions (1). Ajoutons que ces enfants mineurs, en optant dans un sens autre que leurs parents, ne changeaient pas de nationalité dans l'espèce : ils conservaient leur nationalité antérieure. N'est-ce pas une objection dérisoire de dire que des enfants émancipés ne peuvent pas, avec l'assistance d'un curateur, conserver leur nationalité ?

Quoiqu'il en soit, sur le terrain du droit, le Gouvernement français ne céda pas. Dans une note insérée à l'*Officiel* du 14 septembre 1872, il déclara que pour lui « le droit d'option était formellement reconnu aux mineurs, qu'une seule condition avait été apportée à l'exercice de ce droit, l'assistance du représentant légal, et que cette condition accomplie, le mineur avait personnellement le droit d'opter c'est-à-dire de choisir sa nationalité, quelle que put être d'ailleurs celle de ses parents ».

Il s'ensuit que, dans nombre de cas, les mineurs ont deux nationalités, et sont exposés à des ennuis très grands avec l'Allemagne. Ainsi, 1° dans le cas d'un mineur né en Alsace-Lorraine de parents Alsaciens-Lorrains, si le mineur a personnellement opté avec l'assistance de ses représentants légaux, au regard de la loi française il sera Français, au regard de la loi allemande il sera Allemand ; 2° le mineur né hors d'Alsace-Lorraine de parents Alsaciens qui n'ont point fait de déclaration d'option sera Français au regard de la loi française, et Allemand au regard de la loi allemande parce qu'il ne saurait avoir une autre nationalité que celle de ses parents ; 3° le mineur simplement domicilié, qui n'a pas

(1) Loi allemande du 1er juin 1870 sur l'acquisition et la perte de la nationalité, article 8, § 1er.

opté, est resté Français d'après nous, tandis que la loi allemande le tient pour Allemand.

A part donc l'hypothèse d'un mineur émancipé simplement domicilié en Alsace, auquel elle reconnaît les mêmes droits qu'à un majeur, la Chancellerie allemande déclare absolument irrégulière l'option personnelle du mineur assisté de ses représentants légaux. — La loi française au contraire tient pour valable l'option du mineur émancipé ou non, originaire domicilié d'Alsace, ou simplement originaire.

Pour ne pas rendre les mineurs responsables de ce conflit le ministre de la guerre, par une circulaire du 7 décembre 1875 recommanda : 1° qu'on ne les inscrivit pas sur les listes de recrutement ; 2° que, quant à ceux qui voudraient servir, on devait les prévenir qu'ils sont regardés comme allemands par l'Allemagne et à ce titre qu'ils s'exposent à être traités comme réfractaires.

L'espèce d'un père de famille Alsacien ayant opté pour la France sans rien dire de ses enfants mineurs s'est présentée il y a quelques années devant les tribunaux. Il s'agissait d'un jeune homme qui demandait à entrer à St-Cyr. Le ministre de la guerre subordonna son inscription à la condition qu'il aurait fait établir sa qualité de Français par la justice française.

Le tribunal de la Seine jugea qu'il n'était pas Français (1). Voici son raisonnement : les traités ont astreint tous les individus originaires d'Alsace qui entendent conserver la nationalité française à faire une déclaration d'option dans un certain délai ; d'autre part, il ressort du protocole du 6 juillet 1871 qu'ils pouvaient faire leur option avec le concours de leurs représentants légaux.

(1) J. D. P. 1883, p. 626.

Cette option n'a pas eu lieu, donc il n'est pas devenu Français. Cette interprétation était conforme à la note du Gouvernement et au traité. La Cour de Paris a infirmé et déclaré que l'intéressé était resté Français. Sur le fait, la Cour examinant de très près la déclaration du père estime que cette déclaration au fond concernait l'enfant comme le père. Cela résulte, dit-elle des circonstances ; à cet égard nous n'avons rien à dire. En droit, elle invoque deux arguments. Le principal est que, si on examine attentivement le protocole on remarque une proposition faite par notre Gouvernement accordant aux mineurs un droit d'option dans l'année de la majorité, à quoi le Gouvernement allemand répondit que les enfants pouvaient opter en minorité par l'intermédiaire de leurs représentants légaux, mais que rien ne fut conclu, les négociateurs étant en désaccord.

Entre cette interprétation et celle du Gouvernement français dans sa note nous préférons la dernière. Nous avons en définitive accepté la proposition allemande faute de pouvoir faire triompher les nôtres.

Nous sommes donc, dit la Cour, en présence du Code ; or le principe du Code est que lorsque le père change de nationalité ses enfants n'en changent pas, et quand le père n'en change pas, ce qui est l'espèce, *à fortiori* en est-il ainsi du fils.

Cette interprétation a le défaut d'être contraire à celle de nos tribunaux pour le traité de Turin ; d'autre part, quand nous sommes en présence d'un traité les principes du Code n'ont pas à intervenir.

La Cour ajoute un argument subsidiaire. A supposer, dit-elle, que les négociations de 1871 aient eu le résultat de permettre aux mineurs d'opter, il n'en a été ainsi

que pour ceux dont les parents sont devenus allemands. Si on examine en effet les pourparlers c'est toujours dans l'éventualité de l'acquisition de la nationalité allemande par les parents qu'il a été question de droit d'option personnel pour l'enfant, or, dans l'espèce, le père de famille est resté français.

Il est probable en effet que c'est en vue de cette dernière hypothèse que les négociations ont eu lieu. Dans l'espèce donc l'arrêt a été bien rendu, et par hasard les deux Gouvernements se trouvent d'accord pour reconnaître à ce mineur la qualité de Français, puisque le Gouvernement allemand pose comme thèse générale l'identité de la nationalité du père et de l'enfant.

Mais, à part de très rares hypothèses, le désaccord est complet, et l'entente impossible. C'est un résultat douloureux pour tous ces Alsaciens dont les options ont été annulées par l'Allemagne et qui, malgré eux, ont acquis une nationalité qu'ils repoussaient. Il ne leur reste que la ressource, après avoir obtenu un permis d'émigration, ce qui n'est pas possible d'ailleurs de 17 à 25 ans, d'invoquer la disposition de faveur des articles 10 et 18 de notre Code, et cela en remplissant les conditions que nous avons indiquées dans les chapitres précédents.

En définitive, une consolation nous reste : toutes ces rigueurs servent au mieux nos intérêts français ; elles contribuent à rendre plus vif l'inébranlable attachement à la France de ceux que les armes en ont séparés, et leur attitude est un avertissement pour les conquérants de l'avenir que les peuples, conscients de leurs droits imprescriptibles, ne se partagent plus comme des troupeaux de moutons.

Rien ne prévaut d'une façon durable contre le droit et l'équité.

CONCLUSION

Nous avons ainsi terminé l'étude que nous nous étions proposée sur la loi du 26 juin 1889.

Les quelques points de détail que nous avons eu à critiquer relativement à la rédaction de la loi sont en réalité des vices inhérents au mode actuel de confection des lois, dans lesquelles notamment on introduit souvent, par voie d'amendement, des modifications trop rapides pour être suffisamment réfléchies.

Au fond, la loi de 1889 constitue un progrès considérable sur la législation antérieure. Elle atteint les deux buts principaux que se proposait le législateur : 1° Augmentation de la population française par l'absorption des éléments étrangers ; 2° Protection accordée au travail national en forçant les étrangers établis chez nous à perpétuelle demeure à supporter les charges communes à tous les Français.

L'augmentation de la population française résulte nécessairement du caractère provisoire attribué désormais à l'admission à domicile, de la substitution du système de la naturalisation collective au système de la naturalisation individuelle, et de l'extension du *jus soli*, notamment de l'attribution de la qualité de Français à l'étranger né sur notre sol d'un étranger qui lui-même y est né. Un rapport adressé par le directeur des affaires civiles et du sceau au ministre de la justice (1), après dix-

(1) *Journal Officiel* du 11 mars 1891.

huit mois de fonctionnement de la nouvelle loi, montre que les prévisions du législateur se sont réalisées. Le total des individus devenus Français pendant l'année 1890, soit par suite de déclarations faites en vertu de la loi, soit par suite de naturalisations ou de réintégrations s'élève à 18.679. Et dans ce chiffre le nombre des naturalisés par décret est de 7.297, alors que dans toute la période de 1867 à 1889, il n'a jamais dépassé annuellement une moyenne de 562 nouveaux Français. Ce chiffre de 18.679, dont l'élévation n'est due à aucune circonstance exceptionnelle, représente vraisemblablement la quantité de nouveaux Français que nous acquerrons annuellement tant que l'affluence des étrangers dans notre pays continuera de se produire au même degré. Et si l'on remarque que les personnes naturalisées sont en grande majorité des hommes adultes, en possession de leur maximum de valeur, et que d'autre part le bénéfice de la nationalité française conféré à tous les individus nés en France et qui y sont domiciliés à leur majorité, est accepté par l'immense majorité, on voit que désormais la naturalisation est un facteur important dans l'accroissement de la population française.

Est-ce à dire que les dispositions prises soient suffisantes, et quant au problème des étrangers en France, et quant au problème de la population?

De bons esprits pensent que d'autres mesures s'imposent à l'égard des étrangers. Pour les uns, il faut établir sur eux une taxe, pour d'autres il faut élargir les dispositions de la loi de 1889 en déclarant Français tout individu né sur notre sol. Cette question qui préoccupe les masses et qui a fait l'objet de nombreux articles de presse est soumise à l'étude d'une commission spéciale

de la Chambre des députés ; espérons que le législateur saura tirer des discussions engagées, les idées vraiment saines et efficaces.

Le problème de la population ne présente pas moins de gravité maintenant qu'antérieurement à la loi de 1889. L'assimilation des étrangers n'est qu'un des remèdes multiples qu'il convient d'apporter à un mal de plus en plus inquiétant (1).

Avant 1890 on constatait déjà que le chiffre des décès était presque égal à celui des naissances, et voilà que la statistique de 1890 accuse 876.509 décès pour 838.059 naissances.

Augmenter la natalité, diminuer la mortalité, tel est le problème qui se pose.

La diminution de la natalité est le résultat d'un fait voulu, contre lequel il sera difficile de réagir. Le père de famille limite le nombre de ses enfants pour leur assurer, par une instruction et une éducation plus fortes, une situation sociale plus élevée que la sienne. Il y a là comme un reflet de nos aspirations démocratiques.

La diminution de la mortalité est un résultat beaucoup plus facile à atteindre.

En développant l'hygiène, en s'attaquant à la mortalité infantile qui est encore considérable malgré les résultats bienfaisants de la loi de 1874 sur la protection des enfants du 1er âge, en forçant l'industrie à rendre la femme pendant quelques heures par jour à la famille, on sauvera des centaines de mille existences.

L'indépendance de notre pays et le développement de sa richesse sont à ce prix.

(1) Voir dans la *Revue scientifique* du 25 avril 1891, le tableau comparatif du croît de la population dans les différents grands Etats.

POSITIONS

DROIT ROMAIN.

I. — A l'époque classique, comme dans l'ancien droit, l'*infantia* durait jusqu'à 7 ans.

II. — A partir d'Adrien les magistrats continuèrent à avoir le *jus edicendi* en ce sens qu'ils purent formuler des dispositions sur les points non réglés par l'*edictum perpetuum*.

III. — Le titre putatif peut servir de base à l'usucapion si l'erreur de celui qui usucape porte sur le fait d'un tiers.

IV. — La simple convention de donner à cause de mort ne suffit pas sous Justinien pour créer une obligation.

DROIT CIVIL.

Un mariage inexistant ne peut produire aucun effet comme mariage putatif.

Le vendeur à réméré peut hypothéquer l'immeuble par lui vendu, avant d'avoir exercé le réméré.

L'acceptation de remploi par la femme fait tomber toutes les aliénations ou tous les droits réels consentis par le mari depuis l'acquisition en remploi.

La femme mariée sous le régime dotal ne peut pas cautionner sur ses biens paraphernaux l'aliénation de ses biens dotaux.

MATIÈRES DIVERSES.

Il n'y a que deux pouvoirs dans l'État : le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif.

Le conflit ne peut pas être élevé devant le président des référés.

L'Assemblée nationale réunie en congrès pour reviser la Constitution n'a que des pouvoirs limités, et ne peut statuer que sur les points qui ont été fixés à l'avance par les Chambres.

Lorsque la personne responsable, citée devant la Commission scolaire pour une première infraction, n'a pas comparu et que la Commission lui a appliqué, en vertu de l'art. 12 § 2 de la loi du 28 mars 1882 sur l'enseignement primaire obligatoire, la peine de l'affichage, elle ne peut pas être traduite devant le juge de paix dès la seconde infraction.

Vu :
Lyon, le 13 août 1892.
Le Doyen de la Faculté,
E. CAILLEMER.

Vu :
Par le Président de la thèse,
Em. COHENDY.

Permis d'imprimer,
Lyon, le 16 août 1892.
Le Recteur de l'Académie.
Em. CHARLES.

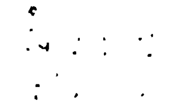
TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

DES *RES MANCIPI* ET *NEC MANCIPI*, ET DU DROIT DE PROPRIÉTÉ DANS L'ANCIEN DROIT ROMAIN.

DROIT FRANÇAIS

DE LA CONDITION DES MINEURS AU POINT DE VUE DE LA NATIONALITÉ EN DROIT INTERNATIONAL.



Imp. G. Saint-Aubin et Thevenot, Saint-Dizier. 30, Passage Verdeau, Paris.